



BOLETÍN JURÍDICO N° 14

Dirección académica: Patricio M.E. Sammartino – Gabriela A. Stortoni

Consejo de redacción: Jimena Zicavo–Carlos Nielsen–Leandro Salgán–Martín Sánchez

SUMARIO

01 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1.1. MUNICIPIOS. SUJETOS NECESARIOS DEL FEDERALISMO ARGENTINO DOTADOS DE “AUTONOMÍA”. AUTONOMÍA. EXAMEN DE COMPATIBILIDAD DE NORMAS PROVINCIALES CON LOS ARTÍCULOS 5 Y 123 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. MUNICIPIO. FACULTADES DE AUTOORGANIZACIÓN. EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL CONFIERE A LAS PROVINCIAS LA ATRIBUCIÓN DE REGLAMENTAR -SIN DESNATURALIZAR- EL ALCANCE Y CONTENIDO CONCRETO DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL.

- El artículo 123 de la Constitución Nacional refiere a “contenidos” y “alcances” de la autonomía. Los primeros (contenidos) son taxativos y comprenden los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero. Los alcances refieren a la delimitación del perímetro de aquellos, es decir, al quantum de sus atribuciones en relación con los cinco contenidos citados, definibles por las constituciones provinciales y demás normas de derecho público interno.
- Los alcances de cada contenido deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal.
- Cada provincia, según su “margen de apreciación local”, define el standard jurídico conforme a su específica e intransferible realidad. Criterio de lealtad y buena fe federal.
- En la especie, la cuestión resulta ajena a la competencia originaria de la CSJN. No se presenta una cuestión federal predominante.
- **CSJN**, Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal), 10 de febrero 2022.

1.2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SENTENCIA ARBITRARIA. EL PRONUNCIAMIENTO DEL A QUO OMITIÓ CONSIDERAR QUE EL OBJETO DE LA DEMANDA NO ERA OBTENER UN REAJUSTE DE HABERES SINO LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL OBRAR ILÍCITO DE ADMINISTRACIÓN. LAS DIFERENCIAS SALARIALES PRETENDIDAS NO CONSTITUYEN UN DAÑO PATRIMONIAL DERIVADO DE LOS HECHOS IMPUTADOS A LA DEMANDADA. LO RESUELTO NO CONSTITUYE UNA DERIVACIÓN RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE CON APLICACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS COMPROBADAS DE LA CAUSA.

- **CSJN**, “Pereyra, Ramón Horacio c/ Gendarmería Nacional - Escuadrón 7 P. Libres y otros s/ daños y perjuicios”, de 3 de marzo de 2022.

1.3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA CONTRA EL ESTADO.

- Las leyes 23.982 y 25.344, por tratarse de normas de orden público, no pueden ser dejadas de lado ni por acuerdo de partes.
- El carácter de orden público de las previsiones normativas atinentes a la consolidación del pasivo estatal, determinan su consecuente imperatividad y la necesidad de considerar en su interpretación la intención del legislador de abarcar un "amplio universo de deudas", salvo que concurra un supuesto excepcional que justifique hacer excepción a esa regla.
- **CSJN**, "Correa Belisle, Rodolfo Luis c/ EN -EMGE- y otro s/ proceso de conocimiento", de 3 de marzo de 2022.

02 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

2.1. DESVIACIÓN DE PODER. PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

- Despido sin causa de una persona a quien el Estado Nacional no le renovó el contrato de locación de servicios que los había vinculado laboralmente durante 16 años.
- La naturaleza de las tareas desarrolladas por la actora y las sucesivas, continuas e ininterrumpidas renovaciones del vínculo contractual encubrieron en realidad una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, "con una evidente desviación de poder que generó en la actora una legítima expectativa de permanencia laboral."
- Estimó, en particular, que esa desviación de poder tendía a mantener a la agente en una situación de inestabilidad burlando la garantía expresamente prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional.
- En consecuencia, los jueces condenaron al Estado Nacional a indemnizar a la actora en los términos del artículo 11º de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N° 24.164, en una suma equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, con más los intereses.

• CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I, "Sabbatini, Susana Felisa c/ EN - M. DESARROLLO SECRETARIA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA, FAMILIA Y ADULTOS MAYORES s/Empleo público", de 23 de diciembre de 2021.

2.2. MEDIDA CAUTELAR. APORTE SOLIDARIO. LEY N° 27.605.

- El examen de la procedencia de las medidas cautelares debe ser efectuado con particular estrictez, pues la actividad del Congreso Nacional y su resultado concreto, esto es, la ley 27.605, al configurar una manifestación de la función estatal, exhibe, de acuerdo con un principio general reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, presunción de validez.
- El peligro en la demora "exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretender evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva".
- el rechazo de la medida solicitada debe ser mantenido, pues los elementos considerados hasta el momento no permiten tener por configurada la alegada generación de daños graves de imposible reparación ulterior (inciso 'a' del artículo 13 de la ley 26.854), o, dicho en términos más tradicionales, el peligro en la demora.
- Ausencia de peligro en la demora. La parte demandada -AFIP- no se encuentra habilitada para intimar el pago del "aporte" a la parte actora. Tampoco puede

aplicar las sanciones previstas en el Título I, Capítulo VI, de la ley 11.683, ni formular denuncia penal. La ley 11.683 no le otorga facultades a la AFIP para trabar medidas cautelares por sí; las debe solicitar con “razones fundadas” al juez competente (artículo 111 de la referida ley).

- CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA I, “D. M., M. c/ EN -AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION”, de 4 de noviembre de 2021.

03 **PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN**

3.1. POTESTADES DISCRECIONALES. EVALUACIÓN DE LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN.

- La atribución de la Administración de evaluar el desempeño laboral de sus agentes para cuyo ejercicio debe asignar puntajes en los distintos Factores que contemplan los Formularios previstos a tales fines es en parte reglada y en parte discrecional. La discrecionalidad administrativa es “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”. Se distingue a la actividad reglada, por cuanto ésta está predeterminada por la norma jurídica, de resultas de la cual la actuación del órgano está establecida para el caso concreto.
- No existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciados, sino actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y viceversa (conf. Fallos 315:1361).
- El control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto (Fallos 315:1361).
- El control de la discrecionalidad se realiza también a través de los principios generales de derecho. Éstos se presentan como límites exteriores, o como un bloque elástico e inespecífico de reglas, más nunca como determinantes exclusivos del contenido que ha de darse a la facultad discrecional integrando ese elenco, entre otros, la buena fe, el debido proceso legal, la garantía de razonabilidad o prohibición de arbitrariedad, el tratamiento igualitario y la adecuación de medio a fin.
- En materia de evaluaciones la Administración tiene en principio facultades discrecionales que de ninguna manera pueden ser ejercida en forma arbitraria, y ese ejercicio debe cumplir con el requisito constitucional de la razonabilidad, el que comprende la necesaria fundamentación de los actos administrativos.

- PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, DICTÁMENES 319:188

04 **CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.** **Fuero en lo Contencioso administrativo y Tributario.**

- 4.1. AMPARO COLECTIVO. MEDIDA CAUTELAR.** Vicios graves del llamado a licitación para construir un parque lineal sobre una avenida de la CABA. Eliminación completa de una mano de una avenida. Protección cautelar. Suspensión de la ejecución de la obra. Verosimilitud de la ilegitimidad. Acto administrativo portador de Indicios serios de vicios constitucionales. Inobservancia de las formas esenciales. Ausencia de audiencia pública. Principio de democracia participativa. Falta de la previa participación ciudadana. Los procedimientos de

participación, sean de consultas o por audiencias públicas, no pueden ser sobre una situación consumada. Incompetencia de la Administración. Separación de poderes. Cambio de destino de un bien del dominio público. Ausencia de intervención del Poder Legislativo.

- JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29 “ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL”, DE 9 DE FEBRERO DE 2022.

05 CLÁSICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

5.1. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER JURISDICCIONAL. ENTE REGULADOR. FACULTADES JURISDICCIONALES DEL ENTE. COMPETENCIA. ALCANCE. INTERRUPTIÓN EN EL SUMINISTRO DE SERVICIO PÚBLICO. DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS A LOS USUARIOS.

- La determinación y condena al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato celebrado entre la empresa concesionaria del servicio de electricidad con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el art. 72 de la ley 24.065.
- No es admisible entender que las normas estatutarias que regulan el servicio público de que se trata derogan las normas del derecho común, salvo que el Congreso expresamente hubiera dispuesto lo contrario.
- El otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.
- Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación.
- La determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el art. 72 de la ley 24.065.
- El poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el art. 72 de la ley 24.065. Ello es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión.
 - **CSJN**, “ANGEL ESTRADA Y CIA. S.A” DE 5 DE ABRIL DE 2005 (FALLOS: 328:651)

06 CLÁSICOS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

6.1. RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN. HABILITACIÓN DE LA VÍA JUDICIAL. PLAZO DE CADUCIDAD PARA DEMANDAR FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO

- La condición que impone el art. 31 de la LNPA para plantear la demanda en cuanto a "que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25 (caducidad la instancia)" debe interpretarse que sólo rige cuando el reclamo sea resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria, mas no cuando se hubiera producido el silencio de la Administración y no existiera un acto expreso.
- Con tal comprensión de la norma, ella no es descalificable por lesiva a principio constitucional alguno, en tanto éstos no se hallan directamente afectados si se atiende a que el art. 26 de la LNPA admite la posibilidad de que ante el silencio de la Administración la demanda pueda iniciarse en cualquier momento, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción (conf. arts. 31 y 26 de la LNPA).
- La imposición de un plazo de caducidad para demandar frente al silencio administrativo, además de no ser congruente con la finalidad de la opción procesal de dicho instituto consagrada en el art. 26 de la LNPA, tampoco lo es con el modo de contar el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA para deducir la demanda, pues en los supuestos contemplados en este artículo dicho término se computa a partir de la notificación del acto que agota la vía administrativa (con los efectos del art. 44 del decreto 1759/72 si se hiciera en contravención a sus normas) y, en el supuesto del silencio, no podría dar comienzo por la inexistencia de acto administrativo que notificar.
 - **CSJN**, "BIOSYSTEMS SA C/ EN M. SALUD - HOSPITAL POSADAS S/ CONTRATO ADMINISTRATIVO", DE 11 DE FEBRERO DE 2014, CON REMISIÓN AL DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL, DRA. LAURA MONTI.

07 DERECHO COMPARADO

7.1.- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Multa impuesta a un padre y la exclusión de los hijos de los establecimientos preescolares por incumplimiento de la obligación legal de vacunarlos. Consenso general europeo a favor de obtener el mayor nivel posible de cobertura de vacunación. Principio de solidaridad social. La estrategia de la vacunación obligatoria responde a la imperiosa necesidad social de proteger la salud individual y pública contra enfermedades conocidas de la medicina y evitar cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación de los niños. La política de vacunación obligatoria es compatible con el interés superior de los niños, considerado tanto individualmente como en grupo y exigiendo que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves mediante la vacunación. La policía de seguridad debe tener en cuenta las excepciones y analizar las contraindicaciones de las aplicaciones de las vacunas. Razonabilidad de la medida. Respeto al margen de apreciación nacional.
- TEDH, Caso VAVRICKA Y OTOS CONTRA REPUBLICA CHECA, de 8 de abril de 2021- Sala Grande



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 10 de Febrero de 2022

Vistos los autos: "Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)".

Considerando:

1º) Que a fs. 5/50 Francisco José Echarren, por su propio derecho y en su carácter de intendente de la Municipalidad de Castelli, Provincia de Buenos Aires, deduce la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la provincia mencionada, con el fin de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 190 a 197 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sección titulada "Régimen Municipal", como así también de las normas y disposiciones dictadas en consecuencia, entre las que refiere la Ley Orgánica de las Municipalidades (decreto-ley 6769/58), la resolución del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires -identificada como Reglamento para la Administración de las Municipalidades- y el decreto local 2980/00 -Reforma Administrativa y Financiera en el Ámbito Municipal-.

Manifiesta que la Carta Magna provincial no respeta la supremacía consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, al no cumplir lo normado en su artículo 123 -en concordancia con su artículo 5º-, en cuanto a la obligación de instaurar la autonomía municipal en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Sostiene que la Constitución provincial resulta contraria a la historia institucional argentina, a la jurisprudencia de esta Corte y a la gran mayoría de la doctrina especializada en la materia. Subraya que la normativa cuestionada conculca el derecho de las autoridades y de los habitantes de Castelli de poder ejercer el derecho constitucional de habitar y vivir en un municipio que dicte sus propias normas de conformidad con los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Considera que el régimen local resulta anacrónico, arbitrario e irrazonable, a la luz del Derecho Público Provincial argentino que ha recibido y aplicado los principios constitucionales federales.

Señala que, dada la indeterminación del concepto de autonomía local del artículo 123 de la Constitución Nacional, se ha puesto en manos del constituyente y legislador provincial el diseño de las instituciones municipales, respetando principios mínimos de autogobierno que no están descriptos en el texto constitucional que cuestiona, en franco incumplimiento, por omisión, de la normativa federal.

Por ello, solicita que se haga cesar el estado de incertidumbre, condenando a la Provincia de Buenos Aires a que respete la legalidad, la seguridad jurídica y la supremacía consagrada en la Constitución Nacional. Asimismo, pide que se reconozca al Municipio de Castelli su libertad para



Corte Suprema de Justicia de la Nación

autoorganizarse según un alcance y contenido que la provincia aún no ha fijado, y que la demandada solucione su conducta omisiva que conlleva la frustración de uno de los órganos más sublimes de la Patria como es el gobierno municipal, con sus ciudadanos y autoridades.

Sostiene que el caso configura un supuesto de gravedad institucional, tanto respecto de la Municipalidad de Castelli como de los demás municipios de la Provincia de Buenos Aires. Por ello, pide el tratamiento urgente de la acción ante las importantes vicisitudes que atraviesa y la necesidad de una gestión operativa municipal eficaz que surge de la pandemia.

Por último, pretende el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la Provincia de Buenos Aires que fije el alcance y contenido de la autonomía municipal, para permitir a la Municipalidad de Castelli el ejercicio de la facultad constitucional federal de sancionar su propia carta orgánica, fijar su autodeterminación y ejercer su autonomía política, económica, tributaria y financiera -entre otros aspectos de la organización municipal-, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

2º) Que de acuerdo con los términos en que ha sido deducida la pretensión, el caso involucra la importante cuestión constitucional relativa a la compatibilidad del régimen municipal previsto en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires -y en las normas dictadas en consecuencia- con la

autonomía municipal consagrada en los artículos 5° y, específicamente, 123 de la Constitución Nacional.

3°) Que, al respecto, cabe recordar que desde su texto originario, la Constitución Nacional consagró la institución municipal como parte integrante de la organización política federal, ordenando a las provincias el aseguramiento de su régimen (artículo 5°). A la luz de dicho mandato, de la jurisprudencia de este Tribunal derivó una regla según la cual las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Pues, si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña -aunque se tratara de la provincial-, esta podría impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional (confr. Fallos: 312:326 y 314:495).

En esa misma línea, la reforma constitucional del año 1994 despejó todo margen de duda acerca de la naturaleza y ubicación institucional de los municipios dentro del concierto federal de la República. En efecto, con la incorporación del artículo 123 en la Constitución Nacional se reconoció a dichas entidades autonomía, confiriendo a las provincias la atribución de reglamentar -sin desnaturalizar- su alcance y contenido concreto (Fallos: 325:1249; 337:1263; 341:939; 344:2123 y 2728, voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

De esta forma, la Constitución Nacional exterioriza una intencionalidad inequívoca respecto de la inserción del municipio en la vida política del país: se trata de sujetos necesarios del federalismo argentino dotados de "autonomía". Incorporar a la autonomía municipal en el texto constitucional equivale a consagrar una herramienta interpretativa uniforme en todo el territorio nacional, aunque ello en modo alguno significa sostener que todos los municipios del país (los urbanos y los rurales, los densamente poblados y los escasamente habitados, los históricos y los nuevos, etc.) deban tener un tratamiento jurídico idéntico, toda vez que -como se dijo- corresponde a cada provincia, atendiendo a su específica realidad, encuadrar las comunidades locales dentro del citado parámetro que expresa una específica capacidad de derecho público.

4º) Que a la luz de lo expuesto, el mencionado artículo 123 de la Constitución Nacional refiere a "contenidos" y "alcances" de la autonomía. Los primeros son taxativos y comprenden los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero; los alcances refieren a la delimitación del perímetro de aquellos, es decir, al *quantum* de sus atribuciones en relación con los cinco contenidos citados, definibles por las constituciones provinciales y demás normas de derecho público interno.

Los alcances de cada contenido deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por tanto cada

provincia, en el ejercicio de su "margen de apreciación local", debe ser quien defina el *standard* jurídico conforme a su específica e intransferible realidad (arg. Fallos: 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti; Fallos: 344:1151).

En síntesis: si bien es cierto que el margen de acción provincial en materia municipal (la definición de los alcances de los contenidos de la autonomía, en los términos del artículo 123 de la Ley Fundamental) es amplio -pues la realidad local de las distintas jurisdicciones provinciales es disímil y son ellas las que deben ponderarlo-, tal amplitud de maniobra debe ser ejercido siguiendo el criterio de lealtad y buena fe federal, al que esta Corte ha adherido expresamente antes de ahora (Fallos: 340:1695), otorgando "el mayor grado posible de atribuciones municipales" (Fallos: 344:1151, voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti).

5º) Que, retomando las constancias de la presente causa, tal como ha quedado planteada la cuestión constitucional descripta, se advierte que para su resolución será necesario, en primer lugar, acudir a la hermenéutica y aplicación del derecho público provincial; más específicamente, a las normas locales que conforman el régimen municipal cuestionado, interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la provincia demandada ha querido darle. Ello es así pues el intendente del Municipio de Castelli impugna tanto los artículos que integran la sección VII de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (artículos 190 a 197), como las normas dictadas en consecuencia, por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

considerar que en todos ellos se configura un "incumplimiento por omisión" del mandato contenido en los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional en punto al régimen de autonomías municipales.

De modo que la causa no solo requiere analizar prescripciones de la Constitución Nacional sino que comprende cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales. Tal circunstancia -como lo advierte la señora Procuradora Fiscal en su dictamen- evidencia el incumplimiento del recaudo necesario para suscitar la competencia originaria de esta Corte en los supuestos en que una provincia es parte, esto es, que la cuestión federal resulte predominante en el pleito (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279, entre muchos otros).

6°) Que, por esa razón, el proceso debe tramitar -al menos inicialmente- ante la justicia de la Provincia de Buenos Aires, dado que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que sean dichos magistrados los que intervengan en las causas en que se ventilan cuestiones de ese carácter.

Lo dicho no obsta a la tutela que esta Corte eventualmente pueda dar a los aspectos federales del litigio, la que debe procurarse por la vía del recurso extraordinario y en la medida en que la decisión de los jueces provinciales afecte el interés de las partes (Fallos: 277:365; 310:2841, entre muchos otros).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

VO-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//- TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI

Considerando:

1º) Que a fs. 5/50, Francisco José Echarren, por su propio derecho y en su carácter de intendente de la Municipalidad de Castelli, Provincia de Buenos Aires, deduce la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la provincia mencionada, con el fin de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 190 a 197 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sección titulada "Régimen Municipal", como así también de las normas y disposiciones dictadas en consecuencia, entre las que refiere la Ley Orgánica de las Municipalidades (decreto-ley 6769/58), la resolución del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires -identificada como Reglamento para la Administración de las Municipalidades- y el decreto provincial 2980/00 -Reforma Administrativa y Financiera en el Ámbito Municipal-.

Manifiesta que la Carta Magna provincial no respeta la supremacía consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, al no cumplir lo normado en su artículo 123 -en concordancia con su artículo 5º-, en cuanto a la obligación de instaurar la autonomía municipal, en sus aspectos administrativo, económico, financiero, político e institucional.

Sostiene que la Constitución provincial resulta contraria a la historia institucional argentina, a la jurisprudencia de esta Corte y a la gran mayoría de la doctrina especializada en la materia. Subraya que la normativa cuestionada conculca el derecho de las autoridades y de los habitantes de Castelli de poder ejercer el derecho constitucional de habitar y vivir en un municipio que dicte sus propias normas de conformidad con los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

Considera que el régimen local resulta anacrónico, arbitrario e irrazonable, a la luz del Derecho Público Provincial argentino que ha recibido y aplicado los principios constitucionales federales.

Señala que, dada la indeterminación del concepto de autonomía local del artículo 123 de la Constitución Nacional, se ha puesto en manos del constituyente y legislador provincial el diseño de las instituciones municipales, respetando principios mínimos de autogobierno que no están descriptos en el texto constitucional que cuestiona, en franco incumplimiento, por omisión, de la normativa federal.

Por ello, solicita se haga cesar su estado de incertidumbre, condenando a la Provincia de Buenos Aires a que respete la legalidad, la seguridad jurídica y la supremacía consagrada en la Constitución Nacional. Asimismo, pide que se reconozca al Municipio de Castelli su libertad para



Corte Suprema de Justicia de la Nación

autoorganizarse según un alcance y contenido que la provincia aún no ha fijado y que la demandada solucione su conducta omisiva que conlleva la frustración de uno de los órganos más sublimes de la Patria como es el gobierno municipal, con sus ciudadanos y autoridades.

Sostiene que el caso configura un supuesto de gravedad institucional, tanto respecto de la Municipalidad de Castelli como de los demás municipios de la Provincia de Buenos Aires. Por ello, pide el tratamiento urgente de la acción ante las importantes vicisitudes que atraviesa y la necesidad de una gestión operativa municipal eficaz que surge de la pandemia.

Por último, pretende el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la Provincia de Buenos Aires que fije el alcance y contenido de la autonomía municipal, para permitir a la Municipalidad de Castelli el ejercicio de la facultad constitucional federal de sancionar su propia carta orgánica; fijar su autodeterminación y ejercer su autonomía política, económica, tributaria y financiera -entre otros aspectos de la organización municipal-, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

2º) Que la señora Procuradora Fiscal dictamina que el proceso resulta ajeno a la competencia originaria de esta Corte por considerar que la relación jurídica sustancial que da origen al reclamo es de naturaleza local.

3º) Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión contenidos en el referido dictamen, pues para resolver el pleito se tendrá que acudir, necesariamente, a la hermenéutica y aplicación del derecho público provincial, más específicamente, a las normas locales que conforman el régimen municipal cuestionado, interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la autonomía local ha querido darle, cuestión que no es del resorte de la Corte, ya que no es apta para instar la competencia del artículo 117 de la Constitución Nacional.

4º) Que en esas condiciones, resulta aplicable la doctrina según la cual los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución -jurídica o política- en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Fallos: 136:147; 264:7; 291:384; causa CSJ 5897/2014 "Municipalidad de San Luis c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa", pronunciamiento del 29 de septiembre de 2015).

En ese sentido, y tal como se sostuvo en el precedente de Fallos: 327:3515 "Es regla de todo gobierno federativo, que estas cuestiones -los conflictos o disputas sobre derechos o atribuciones que pueden ocurrir entre los poderes internos de una misma provincia- corresponden al fuero local, ya para ser resueltas por el pueblo mismo, ya por el poder o los poderes que las respectivas constituciones hubiesen creado para ejercerlo, pues tal es el objetivo de ellas... Tal es el sentido de las palabras de la Constitución relativas a las Provincias: 'se dan sus propias instituciones y se rigen por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ellas'; eligen sus funcionarios 'sin intervención del gobierno federal'; cada una 'dicta su propia Constitución'; y tal fue el sentido de la reforma de 1860, que eliminó de entre las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, el decidir en los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Estrada, 1897, págs. 770/771)".

5º) Que ello no obsta a la tutela que esta Corte eventualmente pueda dar a los aspectos federales que el litigio pudiere comprender, la que debe procurarse por la vía del recurso extraordinario y en la medida en que la decisión de los jueces provinciales afecte el interés de las partes (Fallos: 277:365; 310:2841, entre muchos otros).

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Parte actora: **Intendente de la ciudad de Castelli, señor Francisco José Echarren**, patrocinado por el **Dr. Néstor Osvaldo Losa**.

Parte demandada: **Buenos Aires, Provincia de (no presentada en autos)**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 3 de Marzo de 2022

Vistos los autos: "Pereyra, Ramón Horacio c/ Gendarmería Nacional - Escuadrón 7 P. Libres y otros s/ daños y perjuicios".

Considerando:

1°) Que, en el marco de la demanda iniciada por el actor con fundamento en la responsabilidad objetiva de la Gendarmería Nacional por el hecho ilícito de sus dependientes, la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes hizo lugar parcialmente al recurso de apelación del demandante y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia, solo en cuanto a los ítems comprensivos de la indemnización de daños y perjuicios otorgada y, además del daño moral, reconoció -como integrante del lucro cesante- las diferencias salariales provenientes del decreto 1490/02, desde septiembre de 2002 hasta el efectivo pago.

Para así decidir, la cámara -con invocación de precedentes de esta Corte- consideró que al reconocerse en el decreto 1490/02 el carácter remunerativo y bonificable de ciertos adicionales incorporados al haber mensual del personal militar de las Fuerzas Armadas, correspondía incluir en el monto indemnizatorio las diferencias salariales del decreto en cuestión que, conforme a los recibos agregados, el actor no había percibido a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

2°) Que, contra este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 361/366 vta., que fue concedido a fs. 370/372.

El recurrente alega que la cámara incluyó las diferencias salariales provenientes del decreto 1490/02 como parte del lucro cesante peticionado, provocando una interpretación errónea de los alcances fijados en precedentes de esta Corte, ya que allí la pretensión fue debatida en un proceso ordinario vinculado a un reajuste de haberes y no en uno de indemnización de daños y perjuicios, como ocurre en la especie.

3°) Que si bien los agravios expuestos remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba que, en principio, resultan ajenas a la instancia extraordinaria, esta Corte ha establecido que son descalificables por arbitrariedad las sentencias cuando lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 319:2262, entre muchos otros).

4°) Que esta circunstancia es la que se observa en el caso pues la cámara, con cita de precedentes de este Tribunal en los que se expidió respecto del carácter remunerativo y bonificable de los adicionales incorporados al haber mensual por el decreto 1490/02, incluyó en la indemnización reconocida en autos a las diferencias salariales reclamadas con sustento en dicha norma. Al proceder de este modo omitió considerar que el objeto de la demanda no era obtener un reajuste de haberes sino la reparación de los daños y perjuicios derivados del obrar ilícito de los agentes de Gendarmería Nacional en el marco de las actuaciones administrativas en las que se decidió el futuro



Corte Suprema de Justicia de la Nación

del actor en la fuerza, su pase a retiro y el porcentaje del haber que debería percibir.

5°) Que, en consecuencia, es evidente que las diferencias salariales pretendidas no constituyen un daño patrimonial derivado de los hechos imputados a la demandada y resultan independientes de la conducta juzgada en autos. Por ello, al no existir una relación entre el objeto y las circunstancias fácticas del presente proceso y el rubro reclamado, no correspondía en el *sub lite* expedirse respecto de las sumas reconocidas en el decreto 1490/02.

6°) Que el *a quo* tampoco pudo sustentar su decisión en los precedentes de este Tribunal alegados, pues el objeto de esta demanda, como ya se dijo, no era el reajuste de sus haberes.

7°) Que, en tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional (Gendarmería Nacional)**, representado por la **Dra. María José Bonfanti**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Corrientes**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Paso de los Libres**.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 3 de Marzo de 2022

Vistos los autos: "Correa Belisle, Rodolfo Luis c/ EN -EMGE- y otro s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1º) Que, en lo relativo al recurso extraordinario interpuesto por el actor, esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos términos -en este punto- se dan por reproducidos por razón de brevedad.

2º) Que, en cuanto al recurso extraordinario deducido por la demandada, los cuestionamientos formulados respecto de la declaración de inconstitucionalidad del régimen de deudas del Estado resultan admisibles.

En efecto, el *a quo* consideró inconstitucionales las previsiones de la ley 25.344 por entender que impiden el pago en efectivo de una deuda que *"surge como necesaria derivación del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado argentino en un Acuerdo de Solución Amistosa homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*. En ese contexto, entendió que una ejecución de buena fe del mencionado acuerdo exigía que las consecuencias indemnizatorias derivadas del hecho por el cual se reconoció responsabilidad internacional fueran abonadas en efectivo, del mismo modo que había sucedido con las condenas recibidas por nuestro país en el ámbito interamericano. Para ello, hizo especial referencia a lo dispuesto en los decretos 2343/2013 y 636/2014, entre otros.

3º) Que dicho razonamiento no tomó en consideración que la situación planteada en el *sub examine* no puede ser equiparada a la que determinó el dictado de los decretos 2343/2013 y 636/2014. En efecto, en esos casos, a diferencia del *sub lite*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había pronunciado condenas de contenido pecuniario contra la República Argentina y expresamente había establecido el plazo de un año para su cumplimiento, por lo que el Estado Nacional no podía, sin desatender la condena firme dictada por el mencionado tribunal, aplicar el régimen de consolidación de deudas del Estado a esa acreencia.

En la situación que aquí se examina, por el contrario, no existe condena alguna sino solo un acuerdo amistoso en el que, si bien se reconoció responsabilidad estatal, no se fijó ningún monto indemnizatorio en favor del actor ni, por lo tanto, se establecieron plazos o condiciones de pago de cualquier acreencia que fuera consecuencia del hecho que motivó el reconocimiento de responsabilidad. De manera que no resulta posible extraer de dicho acuerdo consecuencia alguna respecto de la forma en que deberá cumplirse una eventual condena en contra del Estado Nacional, derivada de los hechos que motivaron el reclamo en sede internacional.

Por otra parte, tampoco resultaría admisible que las partes hubiesen establecido en el mencionado convenio un régimen de pago distinto al previsto en las leyes 23.982 y 25.344 pues,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

por tratarse de normas de orden público, ellas no pueden ser dejadas de lado, ni por acuerdo de partes.

4º) Que en consecuencia, al decidir como lo hizo, el *a quo* desatendió la jurisprudencia de esta Corte que reiteradamente ha destacado el carácter de orden público de las disposiciones atinentes a la consolidación del pasivo estatal, su consecuente imperatividad (Fallos: 326:1632; 332:979) y la necesidad de considerar en su interpretación la intención del legislador de abarcar un "amplio universo de deudas" (Fallos: 319:2594; 330:3002). Máxime cuando en el *sub examine* no se corrobora la concurrencia de un supuesto excepcional que justifique hacer excepción a esa regla.

Por ello, se declara admisible la queja deducida por la parte actora y procedentes los recursos extraordinarios interpuestos por ambas partes y se deja sin efecto, con el alcance que surge de la presente, la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la forma en que se resuelve (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase.

DISI-//-

-// -DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS
FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

El recurso extraordinario y el recurso de queja por denegación parcial planteados por el actor son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Los agravios planteados por el Estado Nacional respecto de la aplicación de las normas sobre consolidación encuentran adecuada respuesta en el apartado IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, al que cabe remitir en lo pertinente a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, se desestiman los recursos planteados por la actora, se declara procedente el recurso extraordinario planteado por la demandada y se deja sin efecto, con el alcance mencionado, la sentencia recurrida. Costas por su orden en atención a las particularidades que presenta la cuestión decidida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, archívese la queja y remítase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional - Ejército Argentino, parte demandada**, representado por el **Dr. Alberto Fernando Torres**.

Traslado contestado por **Rodolfo Luis Correa Belisle, actor en autos**, con el patrocinio letrado del **Dr. Diego Ramón Morales**.

Recursos extraordinario y de queja interpuestos por **Rodolfo Luis Correa Belisle, actor en autos**, con el patrocinio letrado del **Dr. Diego Ramón Morales**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional - Ejército Argentino**, representado por el **Dr. Alberto Fernando Torres**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1**.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó, en parte, la sentencia apelada y, en consecuencia, hizo lugar parcialmente a la indemnización reclamada por Rodolfo Luis Correa Belisle al Estado Nacional – Estado Mayor General del Ejército por los daños sufridos como consecuencia de hechos ilegítimos ocurridos en el marco de la investigación del homicidio del soldado Omar Octavio Carrasco (fs. 1217/1228).

La cámara recordó que, en su demanda, el señor Correa Belisle alegaba que, como consecuencia de su declaración testimonial contra el entonces Jefe del Estado Mayor del Ejército en la causa penal donde se investigaba la muerte del soldado Carrasco, el Ejército argentino lo había separado ilegítimamente de su cargo y le había iniciado un proceso militar injusto por el que fue condenado a noventa días de arresto.

Por un lado, la cámara confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había dispuesto que el señor Correa Belisle tenía derecho a un resarcimiento por el daño moral ocasionado por el proceso militar iniciado en su contra y su posterior condena de arresto. El tribunal consideró que ello era una consecuencia necesaria del acuerdo de solución amistosa al que las partes habían arribado en el marco de la petición del señor Correa Belisle ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde el Estado Nacional se había disculpado por haberlo sometido a un proceso militar incompatible con los estándares internacionales.

Por otro lado, el tribunal revocó la decisión de la instancia anterior en cuanto había resuelto que el señor Correa Belisle debía ser indemnizado por la separación de su cargo. Al respecto, advirtió que la responsabilidad reconocida por el Estado argentino en el acuerdo de solución amistosa se refería exclusivamente al proceso militar y su sanción, por lo que correspondía examinar si el actor tenía un derecho a una reparación económica por su pase a retiro. Agregó que el pedido de disculpas institucional publicado en el Boletín del Ejército no implicaba un reconocimiento de que el actor había

sido pasado a retiro en forma arbitraria, ya que en la sede internacional el Estado únicamente había reconocido su responsabilidad por el proceso llevado a cabo en sede militar.

Sentado ello, en primer lugar, expuso que el pase a disponibilidad del accionante fue dispuesto con arreglo al artículo 38, inciso 2, apartado a, de la Ley 19.101 para el Personal Militar. Señaló que esa medida temporal lucía razonable puesto que el actor prestaba funciones en el cuartel donde ocurrió la muerte del soldado Carrasco. Manifestó que, posteriormente, la petición de reincorporación al servicio efectivo del actor había sido razonablemente desestimada en tanto la Junta Superior de Calificación de Oficiales y Suboficiales había sugerido el rechazo de ese pedido hasta tanto se determinase la situación del actor con relación a la muerte del soldado.

En segundo lugar, estableció que la posterior decisión de disponer el retiro obligatorio del actor respondía a que la Junta Superior de Calificación de Oficiales y Suboficiales lo había clasificado como "propuesto para producir vacantes" en virtud del vencimiento del plazo legal del período de disponibilidad establecido en la ley 19.901.

Concluyó, entonces, que el pase a disponibilidad del actor y su posterior pase a retiro fueron medidas adoptadas legítimamente por el Estado Mayor General del Ejército.

Para más, el tribunal expuso que el actor acusó a personal de inteligencia militar de haberlo involucrado ilegítimamente en el encubrimiento de la muerte del soldado Carrasco. Entendió que esa tesis no fue acreditada. Señaló que la imputación del actor en la causa donde se investigó el encubrimiento se encontraba basada en elementos probatorios que permitieron su procesamiento, pese a que la causa posteriormente finalizó por prescripción. Agregó que los hechos por los que fue procesado corroboran la legitimidad de la disponibilidad y del retiro obligatorio.

Por último, la cámara declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.344 en cuanto impedía el pago en efectivo de una deuda que surgía del reconocimiento

Procuración General de la Nación

de responsabilidad internacional del Estado argentino. Por consiguiente, consideró que la indemnización otorgada se encontraba excluida de las normas de consolidación.

–II–

Contra esa decisión, el actor y el Estado Nacional interpusieron recursos extraordinarios (fs. 1253/1272 y 1217/1228). Los recursos fueron concedidos por la cuestión federal planteada y denegados en lo que refieren a la arbitrariedad de la sentencia y la gravedad institucional (fs. 1312), lo que motivó la queja interpuesta por el actor (fs. 120/124 del cuaderno de queja acompañado).

Por un lado, el señor Correa Belisle sostiene que existe cuestión federal toda vez que la sentencia recurrida decidió en contra de la validez de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por el otro, alega que la decisión apelada es arbitraria en cuanto determinó que su separación de la fuerza fue legítima puesto que se apartó de los hechos de la causa y omitió valorar numerosas circunstancias que prueban la ilegitimidad del obrar del Estado Mayor General del Ejército.

En cuanto a su pase a disponibilidad, objeta que el *a quo* haya justificado ese acto a raíz de la muerte del soldado Carrasco, cuando al momento de la desaparición del soldado él se encontraba de licencia por vacaciones y tampoco formaba parte de la línea de mando directa de la víctima. En efecto, destaca que el *a quo* omitió considerar que no se dictó el pase a disponibilidad de dos agentes que sí eran superiores del soldado Carrasco. A su vez, precisa que su solicitud de reincorporación fue rechazada hasta tanto no se determinase su responsabilidad en esa muerte, aunque para esa época él meramente estaba involucrado en la causa penal como testigo.

En cuanto a su retiro obligatorio, sostiene que es central que el *a quo* no haya tenido en cuenta que esa decisión fue dispuesta luego de su declaración testimonial en la causa por la muerte del soldado Carrasco, donde se expidió respecto de la

participación de la inteligencia militar en el proceso penal y sobre el comportamiento del entonces Jefe del Ejército en esos hechos.

Agrega que la cámara ponderó el resultado de la Junta Superior de Calificaciones de Oficiales y Suboficiales del año 1996 —quien lo encuadró como “propuesto para producir vacantes”— sin tener en cuenta la propuesta de ascenso realizada por la Junta de Calificaciones del año 1995.

Sostiene que la sentencia recurrida omitió valorar adecuadamente la extensión de las disculpas públicas que el Estado argentino le ofreció en virtud del acuerdo de solución amistosa donde se hace expresa referencia a su expulsión del Ejército argentino. Además, señala que si bien la base fáctica del litigio internacional no incluyó la totalidad de los hechos discutidos en el presente proceso, la Comisión Interamericana consideró el contexto general en el que se llevó a cabo el proceso por irrespetuosidad y su posterior arresto.

Por último, se agravia de que la cámara arbitrariamente justifique su pase a disponibilidad y su retiro obligatorio sobre la base de su procesamiento penal en la causa por encubrimiento cuando aquel tuvo lugar con posterioridad a esos actos y cuando finalmente fue sobreseído. Además, menciona elementos probatorios que evidencian que fue imputado en esa causa a raíz del accionar ilegítimo del personal de inteligencia.

Por su parte, en su recurso, el Estado Nacional alega que el tribunal *a quo* erró al declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.344. Sostiene que la cámara no identificó el perjuicio que esa norma genera y que esa ley cumple con los requisitos establecidos por la Corte Suprema relativos a la constitucionalidad de las leyes de emergencia. Además, aduce que la fundamentación de la cámara no tiene sentido en tanto en sede internacional el propio actor se comprometió a no reclamar daños y perjuicios sin reserva alguna. Finalmente, indica que el actor tiene otros medios de subsistencia, por lo que la indemnización establecida no tiene carácter alimentario.

CAF 8752/1998/CA2-CS1

Procuración General de la Nación

–III–

A mi entender, el recurso extraordinario interpuesto por el actor ha sido mal concedido por la cuestión federal pues las normas de esa naturaleza invocadas en su impugnación —artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no tienen una relación directa e inmediata con la cuestión controvertida (art. 15, ley 48; Fallos: 247:577; 312:551; 335:519).

Sin embargo, el recurso también cuestiona la arbitrariedad de la decisión que le denegó una reparación pecuniaria por la separación del cargo. A mi modo de ver, el pronunciamiento es descalificable bajo la doctrina de la arbitrariedad en cuanto concluyó que su retiro obligatorio fue una medida legítima que no genera un deber de indemnizar. Con ese alcance, entiendo que la queja es procedente.

Ante todo, cabe recordar que si bien las atribuciones conferidas a las juntas de calificación y a los órganos superiores con relación a la aptitud del personal militar para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro o disponibilidad comporta el ejercicio de una actividad discrecional, ello no excluye el control judicial de los actos cuando se incurre en ilegitimidad, arbitrariedad o irrazonabilidad (Fallos: 307:1821; 335:2066; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Barrientos Hugo Rafael c/ E.M. Justicia s/ personal militar” y sus citas, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió la Corte en la sentencia del 12 de agosto de 2014).

Tal como expongo a continuación, el control judicial realizado por el *a quo* está basado en una valoración parcial, fragmentaria y descontextualizada de las pruebas incorporadas a la causa. A partir de ello, el *a quo* dejó sin respuesta al cuestionamiento principal realizado por el actor según el cual su pase a retiro constituyó una represalia ante la declaración testimonial que realizó en la causa penal donde se investigaba la muerte del soldado Carrasco.

En primer lugar, el *a quo* omitió ponderar la sucesión temporal entre la declaración testimonial del señor Correa Belisle, la modificación en las calificaciones de las juntas y, finalmente, su retiro obligatorio.

En efecto, el 11 de enero de 1996, el actor —quien aún formaba parte de las fuerzas armadas, aunque en situación de disponibilidad— declaró, en el marco de la causa penal donde se investigaba la muerte del soldado Carrasco, que el entonces Jefe del Estado Mayor General del Ejército había faltado a la verdad al afirmar que las fuerzas armadas no habían investigado ese homicidio (prueba documental acompañada, obrante en bibliorato, apartado 5, fs. 194). A su vez, de su testimonio se desprendían posibles maniobras de encubrimiento por parte de agentes del Ejército (bibliorato y apartado cit., fs. 45 y 193/213 vta.).

Días después, esto es, el 8 de febrero de 1996, la Junta Superior de Calificaciones de Oficiales y Suboficiales encuadró al actor como “apto para producir vacante” por haber transcurrido un año desde su pase a disponibilidad sin que se le asigne nuevo destino y en virtud de la necesidad de producir vacantes (fs. 108). Sin embargo, días antes de la declaración testimonial, y cuando ya estaba vencido el plazo previsto para la situación de disponibilidad, le habían notificado al actor que la Junta de Calificaciones de Oficiales del año 1995 lo había considerado “apto para continuar en el grado”, aunque “en suspenso” por hallarse a disposición de la justicia (prueba documental acompañada, obrante en bibliorato, apartado 2).

Finalmente, la propuesta de la junta del 8 de febrero de 1996 fue aprobada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército el 14 de febrero y dio lugar a su pase a retiro obligatorio el 9 de abril de 1996 (fs. 109, 110 y 424/426).

No obstante, la sentencia prescindió de considerar la relación temporal entre la declaración testimonial del actor, la modificación en las calificaciones de las juntas y su pase a retiro, aun cuando ese testimonio tenía una especial trascendencia. En particular, en el marco de una estructura jerárquica como las fuerzas armadas, esa

CAF 8752/1998/CA2-CS1

Procuración General de la Nación

declaración importaba involucrar en la investigación de un caso de gran sensibilidad al entonces Jefe del Estado Mayor General del Ejército y a personal de la inteligencia militar.

En segundo lugar, cabe destacar que el señor Correa Belisle alegó que las medidas cuestionadas en el *sub lite* —esto es, el pase a retiro y el juicio militar por irrespetuosidad— configuran sanciones que padeció como consecuencia de haber prestado la declaración testimonial en cuestión. En ese marco, la legitimidad del pase a retiro debía ser analizada en forma inescindible con la otra represalia, que también tuvo lugar tras la declaración testimonial y en forma coetánea a la separación del actor de las fuerzas armadas. La ilegitimidad de los hechos vinculados con el proceso militar fue reconocida por el Estado Nacional y el *a quo* entendió que generaban un deber de indemnizar, pero omitió considerarlos al ponderar la razonabilidad del pase a retiro.

En efecto, pocos meses después de la declaración testimonial en cuestión y justamente a raíz de esos dichos, se inició un proceso militar contra el actor por la infracción de “irrespetuosidad” prevista en el artículo 663 del Código de Justicia Militar entonces vigente, que culminó con una sanción de tres meses de arresto (fs. 95/106). Ello llevó al señor Correa Belisle a presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde alegó, en cuanto aquí interesa, que fue detenido en forma arbitraria y que “dicho proceso fue una sanción de la alta jerarquía de las Fuerzas Armadas, con motivo de sus declaraciones como testigo dentro de un proceso penal en el que se investigaba la muerte de un joven soldado dentro del cuartel en el que prestaba sus servicios como oficial del Ejército” (fs. 524/538 y 524).

El caso fue admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de las presuntas violaciones a los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad y a la protección judicial (Informe de admisibilidad nro. 2/04, fs. 524/537). Finalmente, las partes arribaron a un acuerdo de solución amistosa donde el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional por los hechos denunciados, que incluían que el señor Correa Belisle había sido sometido ilegítimamente a un proceso militar como consecuencia de las declaraciones testimoniales

precedentemente mencionadas (fs. 924/935 y 972/978). Ese reconocimiento del Estado argentino debía ser ponderado por el *a quo* a fin de determinar si el pase a retiro también fue una sanción motivada por el contenido de su declaración testimonial.

Incluso, la vinculación entre ambas medidas se evidenció con la extensión de las disculpas del Estado argentino publicadas en el Boletín Reservado del Ejército nro. 5521, donde expresamente extendió su descargo a la expulsión del actor de la fuerza. En concreto allí dijo que “El Estado argentino se disculpa con el Dr. Rodolfo Correa Belisle por haber violado sus derechos humanos al haber sido sometido arbitrariamente a un proceso militar, condenado y expulsado de la fuerza” (fs. 993/995).

De este modo, aun cuando la separación del cargo no fue objeto de la denuncia presentada ante el organismo internacional ni, por ende, parte del acuerdo amistoso, el tribunal no podía analizar la legitimidad del pase a retiro del actor de modo aislado y sin considerar que en ese procedimiento internacional el Estado Nacional reconoció que el actor sufrió represalias a raíz de sus declaraciones testimoniales que implicaban a la máxima autoridad del Ejército argentino.

Por último, el *a quo* tampoco consideró los elementos probatorios traídos por el actor para acreditar que el Estado Mayor del Ejército tuvo con él un trato distinto al que asumió respecto de agentes que se encontraban en una situación similar. En este sentido, el señor Correa Belisle acompañó prueba tendiente a mostrar que algunos agentes, que también pertenecían a la cadena de mando del soldado Carrasco, no fueron pasados a disponibilidad y que otros, que sí fueron sometidos a ese régimen, con posterioridad se les asignó un destino y continuaron prestando servicios en la fuerza (documental adjunta, obrante en bibliorato, apartado 2, resolución del Jefe del Estado Mayor del Ejército, 10 de abril de 1994; Boletín Reservado del Ejército nro. 5288, 20 de mayo de 1994; Boletín Reservado del Ejército nro. 5291, 8 de julio de 1994, pág. 881; comunicación nro. 215-4824/3, 28 de diciembre de 1995; fs. 516/517, actuaciones principales).

CAF 8752/1998/CA2-CS1

Procuración General de la Nación

En suma, los argumentos expuestos por la cámara para fundar la legitimidad del pase a retiro del actor no son suficientes. Por un lado, las razones vinculadas a la opinión de la junta de calificaciones y al vencimiento del plazo de disponibilidad omitieron valorar los elementos aquí expuestos, esto es, la sucesión temporal entre la declaración testimonial, la modificación en las calificaciones de las juntas y, finalmente, el retiro obligatorio; la incidencia del proceso militar por irrespetuosidad y del procedimiento internacional; y las constancias del trato desigual con relación al actor. Por el otro, el *a quo* mencionó el procesamiento del actor en la causa por el encubrimiento del homicidio del soldado Carrasco. Sin embargo, cabe advertir que la decisión que dispuso el pase a retiro del actor no hace referencia alguna a su presunta responsabilidad penal por actos de encubrimiento. Al respecto, también es importante destacar que el procesamiento del señor Correa Belisle, que fue luego dejado sin efecto en virtud de la extinción de la acción penal, fue posterior a la decisión del Jefe de Estado Mayor de desplazarlo.

De este modo, las cuestiones hasta aquí enunciadas permiten aseverar que debe realizarse una nueva valoración de los elementos traídos a estos autos y de su relación con la causa penal referida y la consecuente decisión de pase a retiro del actor a fin de juzgar la legitimidad de esa decisión del Estado Mayor General del Ejército.

-IV-

Asimismo, le asiste razón al Estado Nacional en cuanto objetó la declaración de inconstitucionalidad del régimen de consolidación de deudas del Estado efectuado por el *a quo*.

En particular, teniendo en cuenta el carácter de orden público de las leyes de consolidación, entiendo que el tribunal se apartó infundadamente de las disposiciones aplicables a las deudas del Estado Nacional (dictamen de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió la Corte Suprema en Fallos: 326:1632, "Broz"), a la vez que desatendió la jurisprudencia de la Corte Suprema según la que el régimen de consolidación de deudas del Estado reviste carácter de

legislación de emergencia (dictámenes de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:4436, "Arias" y 330:3002, "Bodeman", entre otros).

En consecuencia, la obligación que eventualmente se establezca en cabeza del Estado Nacional deberá ser determinada de conformidad con las normas de consolidación de deudas estatales.

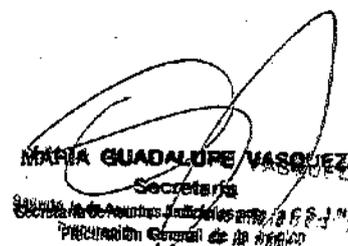
-V-

Por todo ello, entiendo que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos con el alcance establecido y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se expida sobre la base de las pautas aquí previstas.

Buenos Aires, 9 de octubre de 2017.



Irma Adriana García Netto
Procuradora Fiscal
Subrogante



MARIA GUADALUPE VASQUEZ
Secretaría
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Procuración General de la Nación



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

72081/2015

SABBATINI, SUSANA FELISA c/ EN-M DESARROLLO-
SECRETARIA NACIONAL DE NIÑEZ ADOLESCENCIA
FAMILIA Y ADULTOS MAYORES s/EMPLEO PUBLICO

En Buenos Aires, a los 23 días del mes de diciembre del año 2021, reunida en acuerdo la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para dictar sentencia en los autos “Sabbatini Susana Felisa c/ EN M Desarrollo Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia Familia y Adultos Mayores s/ empleo público”,

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:

I. Susana Felisa Sabbatini promovió demanda “por despido” contra el Ministerio de Desarrollo Social —Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia, Familia y Adultos Mayores— por el cobro de la suma de \$1.563.574,62, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, más su actualización por depreciación monetaria e intereses.

II. El juez de primera instancia rechazó la demanda e impuso las costas a la actora vencida.

Para así decidir sostuvo:

i. “[S]e halla acreditado que [la actora] prestó servicios para la demandada con motivos de los diversos contratos de locación de servicios, regidos por el decreto n° 1184/01 y que, a partir del 01/01/07 su vínculo contractual se mantuvo a través de contratos de prestación de servicios bajo los términos del decreto n° 1421/02”.



ii. La pretensión es incompatible con la situación jurídica y de revista de la actora e “improponible respecto de la persona del demandado; ajeno al ámbito de aplicación de la LCT y normativa complementaria”.

iii. “[L]a actora tampoco solicitó, ni siquiera subsidiariamente, la consideración de su caso a la luz del precedente ‘Ramos’ [...] por lo que está ausente una argumentación en ese sentido [...] Tampoco se valió en la oportunidad de alegar, con miras a procurar un mejor resultado en sus planteos. Se trata de una falta atribuible a su parte, que no puede ser excusada por invocación del derecho de defensa, habida cuenta que el mismo no ampara la negligencia de las partes”.

iv. “[E]l hecho de suplir la omisión del interesado en punto a la fundamentación jurídica de su pretensión sólo podría tener lugar por conducto de una desproporcionada aplicación del principio *iura novit curia*, en una medida que quebrantaría el principio procesal de igualdad entre las partes”.

III. La actora apeló y expresó agravios (presentación del 23 de septiembre de 2021) que fueron replicados (presentación del 4 de octubre de 2021).

Los agravios pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

i. “[S]e ha logrado acreditar que [la actora] desarrolló una función estable y permanente en la institución demandada”.

ii. Debe reconocerse, por analogía, la indemnización prevista en el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional.

iii. “[L]a contraria reconoce la prestación de servicios por parte de la actora, pero alegó que en realidad los mismos fueron prestados dentro del marco de un contrato de locación de servicios”.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

iv. “[L]a actora prestó servicios *intuitu personae*, a favor y en beneficio de la accionada de manera ininterrumpida, desarrollando tareas como especialista en análisis social”.

v. “[T]eniendo en cuenta el vínculo y la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora, cabe concluir que [...] se ha comprobado la irregularidad del vínculo que la unió con la demandada, ya que más allá de las formas que se le ha querido dar, resulta claro que dicho vínculo fue permanente y continuo y a su vez las tareas realizadas por la [...] actora eran tareas del personal de planta permanente, en clara contradicción con la norma, toda vez que claramente las mismas excedieron finalidades transitorias o eventuales”.

vi. “[P]ara el hipotético caso que [se] desestime la aplicación de la legislación laboral, pido que se brinde protección a la actora aplicando por analogía la Ley 25.164”, pretensión que fue propuesta en la demanda de manera subsidiaria.

vii. “[E]l juez puede por intermedio del *iura novit curia*, disponer la aplicación del derecho que considere pertinente y de la doctrina o jurisprudencia aplicable al caso, aún sin petición del interesado o beneficiario. Esto es la consecuencia de que los jueces son conocedores del derecho y tienen *imperium* para decidir las contiendas en base al derecho brindado por el legislador, supliendo yerros u omisiones de las partes”.

IV. El examen de los agravios ofrecidos por la actora debe partir a partir de las siguientes premisas interpretativas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

1. El principio de congruencia “impone a los [...] tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (artículos 34, inciso 4º y 163, inciso 6º del Código Procesal Civil y Comercial). Tal limitación, sin embargo, infranqueable en el terreno



fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” (*iuris dictio* o jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura novit curia*” (Fallos: 337:1142).

2. Ese principio “faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes” (Fallos: 329:4372; 333:828; 337:1142).

3. Los “jueces —en el cumplimiento de su misión constitucional de conocer y decidir las causas contenciosas; art. 116 de la Carta Fundamental— tienen el deber de examinar autónomamente los hechos controvertidos para poder encuadrarlos en las disposiciones jurídicas que apropiadamente los rigen. El ejercicio prudencial de tal atribución, por lo tanto, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional” (Fallos: 329:4372; 337:1142).

4. “En ningún caso, el *nomen iuris* utilizado por el demandante ata al juez quien está constitucional y legalmente investido de *imperium* para declarar cuál es el derecho aplicable” (Fallos: 337:1142).

V. Desde esa perspectiva debe ponderarse diversas afirmaciones expuestas por la actora y por la parte demandada:

i. La actora, en la demanda, sostuvo: (a) “El 1 de enero de 1999, la accionada se vuelve a contactar con la actora a fin de que reingrese a prestar servicios [...] para el programa denominado ‘PROAME’ [...] una vez más, la demandada obligó a la actora a facturar por los servicios prestados [...] la accionada hizo suscribir a la actora contratos de locación de servicios que se irían renovando





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

sucesivamente, año a año, fijando el monto en cada uno de ellos, el cual dividió en doce pagos mensuales [...]”; (b) “a partir del 1ro de enero de 2007, la accionada [reconoció] a la actora en relación de dependencia, comenzando a extenderle recibos de haberes, identificándola con un numero de legajo y realizándole retenciones de aportes a la seguridad social [...] mantuvo la práctica de hacerle firmar a la actora contratos anuales pautando la remuneración a percibir [...]”; (c) “los constantes reclamos efectuados por la actora molestaron a la demandada, generando que, hacia el mes de julio de 2015, sorpresivamente le fueran negadas las tareas. De tal forma, al momento de presentarse a cumplir tareas normales y habituales, se encontró que ya no contaba con su puesto, por expresa indicación de la demandada”; (d) “la maniobra de encuadrar la relación laboral como una supuesta locación de servicios, tuvo como única finalidad la evasión ilícita por parte de la demandada de los regímenes de contratación laboral que le son impuestos”; (e) “la fraudulenta contratación (simulando una contratación de servicios) y luego, la arbitraria interrupción del contrato, implican claramente un hecho antijurídico que ocasiona un perjuicio y como tal debe ser indemnizado”; (f) En subsidio, “se establezca la indemnización por el juzgador conforme normas de derecho común” y “leyes análogas” dado que “descartar al plexo normativo de la LCT como el marco regulatorio adecuado y ante la inexistencia de un marco regulatorio específico [...] nos lleva a la ineludible consecuencia de la existencia de una laguna del derecho, por lo menos en cuanto a la extensión indemnizatoria que corresponde a la ruptura del contrato de trabajo”.

ii. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en la contestación de la demanda, indicó: (a) “la actora ingresó a la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia el 1 de enero de 1999, mediante la celebración de un contrato de locación de servicios en el marco del Programa de Atención de Niños y Adolescentes en



Riesgo (ProAme)”; (b) “a partir del año 2007, se vinculó al Organismo mediante un contrato de prestación de servicios bajo el marco del art. 9º de la Ley 25.164, reglamentado por el Decreto 1421/02 y normas complementarias”; (c) “por resolución del Ministerio de Desarrollo Social N° 119/15, se aprobó su renovación [...] por el período 1 de enero de 2015 hasta el 30 de junio de 2015, siendo esta última la fecha de desvinculación”; (d) “la actora se encontraba vinculada laboralmente [...] bajo un contrato de prestación de servicios regulado bajo el art. 9 de la Ley Marco de Empleo Público N° 25.164, siendo el 30 de ju[n]io de 2015 la fecha de finalización del contrato mencionado”.

VI. Con esa comprensión, en este contexto procesal, no comparto el razonamiento expuesto en la sentencia apelada.

Los términos en que la demanda está propuesta permiten apreciar que la actora, por un lado, pone en tela de juicio —como “fraudulenta” y “antijurídica”— la modalidad de contratación a la cual acudió la administración, desde su comienzo hasta su finalización, y que, por otro lado, peticiona una indemnización fundada en la conducta que descalifica como un “despido arbitrario”, con apoyo en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

En suma, los hechos invocados por la actora debían ser examinados y subsumidos, por aplicación del principio “*iura novit curia*”, en las normas que apropiadamente los rigen —el artículo 14 de la Constitución Nacional y la ley marco de regulación del empleo público nacional—, sin que ello implique, en el caso, “una desproporcionada aplicación” de ese principio.

Debe, pues, admitirse los agravios y revocarse la sentencia apelada en este aspecto.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

VII. Corresponde examinar, por tanto, si se halla configurado un supuesto de “despido arbitrario” —como sostiene la actora— que pueda tener encuadramiento en la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema a partir del precedente “*Ramos*”.

VIII. Al examinar diversas pretensiones sustancialmente análogas a las que la actora formula en la demanda, esta sala:

1. Recordó que el Máximo Tribunal:

i. En el precedente “*Ramos*”, al delinear su interpretación sobre el marco de las contrataciones temporarias efectuadas por la administración, descalificó “el comportamiento del Estado Nacional” por cuanto “tuvo aptitud para generar [...] una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el ‘despido arbitrario’” (causas “*Marchi Edgardo Marcelo y otro c/ EN M° RR EE CI y C s/ empleo público*”, “*Zanón Estela María c/ EN M° Economía DNNP y otro s/ empleo público*”, “*Jelovcan Ana c/ EN PGN s/ empleo público*”, “*Cukiercorn Damián Alejandro c/ Universidad Nacional de Tres de Febrero s/ empleo público*”, “*Bolaños Martín c/ Universidad de Buenos Aires s/ empleo público*” y “*Agnolin Gustavo César c/ EN M Hacienda y FP – Indec s/ empleo público*”, pronunciamientos del 11 de diciembre de 2014, del 9 de febrero de 2017, del 29 de noviembre de 2018, del 14 de mayo de 2019, del 23 de febrero y del 23 de marzo de 2021, respectivamente).

ii. A partir del precedente “*Ramos*”, en una línea de casos sustancialmente análogos, tuvo en cuenta —para reconocer el derecho a una indemnización— que la administración había renovado en sucesivas ocasiones, con una modalidad “transitoria”, la relación contractual que la unía con los demandantes, y consideró que esa conducta estatal, frente a la ruptura del vínculo laboral, tuvo la aptitud de generar en aquéllos una “legítima expectativa” de permanencia



merecedora de la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el despido arbitrario (Fallos: 335:729; 336:1681; 337:1337 y 338:212).

iii. En el caso “*Cerigliano*” (Fallos: 334:398): (a) precisó que el criterio establecido en “*Ramos*” tiene “sustento en dos circunstancias fundamentales: por un lado [...] la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan”; por otro lado, “la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente” comporta una evidente desviación de poder; y (b) expresó que “la *ratio decidendi* de ‘*Ramos*’ alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente ya sea con la Administración Pública nacional, provincial o municipal”.

2. Señaló que la procedencia de este tipo de reclamos se encuentra supeditada a la acreditación de una desviación de poder en el acto que dispuso la contratación de servicios, de modo que, tras el examen de las circunstancias fácticas que rodean la contratación, debe quedar en claro que la figura contractual utilizada apuntó a ocultar una verdadera relación de dependencia que responde a necesidades que debieran cubrirse con la planta permanente del organismo involucrado (causa “*Trilles María de la Paloma Elena c/ EN INADI y otros s/ empleo público*”, pronunciamiento del 1 de diciembre de 2015).

3. Puso de relieve que el progreso de una pretensión como la que aquí se formula requiere, además de la acreditación de una desviación de poder en el acto que dispuso la contratación de servicio —como recién se dijo— la demostración de que el trabajador se haya visto privado arbitrariamente de su empleo (causas “*Jelovcan*” y “*Cukiercorn*”, citadas).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

IX. De la prueba documental y de la prueba informativa aportadas a la causa surgen diversas circunstancias relevantes:

—El 1 de enero de 1997 la actora suscribió un contrato de locación de obra con la parte demandada como “Especialista en Análisis Social” para el Programa de Mejoramiento de Barrios en el marco de la unidad de Coordinación Nacional “con el objeto de iniciar la etapa de ejecución del mencionado Programa, en virtud del contrato de préstamo [...] celebrado entre el Banco Interamericano de Desarrollo y la Nación Argentina” (fs. 108). El plazo “de ejecución del [...] contrato es de doce meses [...] finalizando el día 31 de diciembre de 1997”.

Las tareas específicas consistían en “[c]olaborar con el Coordinador del Área de Organización Social las tareas de apoyo a las Unidades Ejecutoras Provinciales a través de la asistencia técnica y la capacitación, para la instalación del Programa en el marco del Reglamento Operativo de acuerdo al modelo de gestión y a las metodologías elaboradas en la etapa de Preinversión”; “[c]olaborar con el Coordinador en la evaluación de los criterios de elegibilidad y de factibilidad de los proyectos del Programa en el área de su competencia” (fs. 108 vta).

—El 1 de enero de 1999 la actora suscribió un contrato de locación de servicios con la parte demandada como “Asistente Técnico Área de Operaciones” en el marco del “Programa de Atención a Menores en Circunstancias Difíciles (ProAme) [...] según lo establecido en el Convenio de Cooperación Técnica No Reembolsable [...] firmado entre la Nación Argentina y el BID”. Se fijó como “término de las tareas encomendadas el período de doce meses (12)”.

Las “actividades y responsabilidades en relación con el PROAME I” consistían en “apoyar las actividades de supervisión de la ejecución de las actividades de los proyectos”; “recopilar y registrar



la información proveniente de los proyectos correspondientes al Área”; “Atender demandas de información y consulta de los Supervisores Técnicos Provinciales de los subprogramas mencionados”; “apoyar la elaboración de propuestas de asistencia técnica y capacitación”; “apoyar la organización de los encuentros de los Supervisores Técnicos Provinciales; “participar, en la medida que se requiera, de las visitas anuales de evaluación y en la elaboración de los informes pertinentes”; “actualización permanente de la base de datos del Área e implementación de los ajustes necesarios para adecuar la información a las demandas habituales”; “apoyar las tareas generales y administrativas del Área de Operaciones”.

Y las “actividades y responsabilidades en relación con el “PROAME II” eran las siguientes: “apoyar las actividades de difusión, promoción e instalación de la segunda etapa del Programa a nivel nacional”; “Recopilar y registrar la información proveniente de los proyectos correspondientes al área”; “apoyar desde la UEP las actividades relacionadas con las convocatorias y preselección de proyectos y las de seguimiento de dichos procesos”; “apoyar la elaboración de plan de visitas de seguimiento de la UCP a los ejecutores de proyectos y módulos y de elaboración de los informes correspondientes”; “apoyar al área en la revisión de los Planes Anuales Operativos”; “apoyar la formulación de propuestas de asistencia técnica para los proyectos”; “apoyar al área en la elaboración del Plan Anual Operativo del Programa”; “apoyar las tareas de organización de reuniones periódicos de los Supervisores Técnicos Provinciales integrante de la UEP”; “apoyar las actividades de la coordinación del área”.

La parte demandada certificó que la actora “firmó un contrato de Locación de Servicios, como Consultora del Área de Operaciones [...] desde el 01/01/1999 a 31/12/06” (fs. 109vta).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

—El 15 de diciembre de 2006 la actora suscribió un contrato de prestación de servicios con la parte demandada. El plazo fijado en el contrato fue de doce (12) meses.

La denominación de la función era “Análisis y Seguimiento de Proyectos Sociales” y las tareas consistían en “observar y controlar la ejecución de las actividades de los proyectos de las Organizaciones de la Sociedad Civil. Apoyar a las Unidades Coordinadoras Provinciales, en lo referido al componente de proyectos de atención, desde la UEP y a través de visitas periódicas. Controlar y aprobar a nivel consultor los planes anuales operativos de los proyectos en ejecución. Elaboración de informes pertinentes” (fs. 120/121).

Ese contrato fue suscripto, en idénticos términos, hasta el 30 de junio de 2015 (fs. 69/vta, fs. 122/123, fs. 123 vta/124, fs. 125/vta, fs. 126/vta, fs. 127 vta/128, fs. 131/vta, fs. 132 vta/133).

Las tareas eran desempeñadas por la actora en la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con domicilio en la calle Teniente General Juan Domingo Perón 524, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La actora dependía de la secretaria nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en su carácter de titular del organismo.

—La parte demandada reconoció que la actora “prestó servicios para el ex Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en el marco del Programa de Atención a Niños y Adolescentes en Riesgo, por el período 01/01/1999 hasta el 31/12/2006. En dicho período su vinculación laboral se mantuvo a través de contratos de Locación de Servicios [...] A partir del 01/01/2007 su vínculo contractual se mantuvo a través de contratos de prestación de servicios [...] habiéndose propiciado su renovación contractual 2015 por el término de 6 (seis) meses hasta el pasado 30/06/2015, su relación laboral con esta Institución finalizó el 01/07/2015” (fs. 137).



—El 13 de julio de 2015 la actora remitió una carta documento a la parte demandada en los siguientes términos: “toda vez que desde principios del mes de julio [...] se me están negando tareas, aún frente a mis constantes reclamos verbales por ante la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia, Familia y Adultos Mayores [...] al cual presto tareas de manera ininterrumpida, lo intimo [...] proceda a aclarar situación laboral y otorgue tareas efectivas bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriada y despedida por vuestra exclusiva culpa” (fs. 44). El 29 de julio de 2015 “en atención al silencio guardado” ratificó y reiteró esa carta documento (fs. 48).

El 6 de agosto de 2015 “atento su silencio a mi anterior intimación [...] hago efectivo el apercibimiento y por ende me considero injuriada y despedida por su exclusiva culpa” (fs. 51).

La parte demandada por medio de la resolución 1734/2015 rechazó el reclamo presentado por la actora con fundamento en las siguientes razones: (i) “del contrato de prestación de servicios surge de su cláusula novena que el mismo podrá ser prorrogado o renovado únicamente por acuerdo entre las partes mediante la suscripción de otro contrato, dejando expresamente establecido que el contrato no importa una expectativa o derecho a prórroga en beneficio del contratado” y, (ii) “el vínculo laboral existente entre la reclamante y este organismo, ha finalizado con fecha 30 de junio de 2015, siendo esa su fecha de terminación del contrato” (fs. 76/78).

—La parte demandada adjuntó el “Histórico de las Planillas de Haberes” de la actora (fs. 317/341).

—En la documentación aportada por la Administración Federal de Ingresos Públicos se verifica que la parte demandada depositó los “aportes de seguridad social” y los “aportes de obra social” de la actora durante el período comprendido desde el mes de abril de 2007 hasta el mes de junio de 2015 (fs. 284/290).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I

X. A la luz de las circunstancias descriptas, debe concluirse en que se ha configurado un vínculo entre las partes que tiene encuadramiento en la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema a partir del precedente “*Ramos*”.

En efecto, la naturaleza de las tareas desarrolladas por la actora y las sucesivas, continuas e ininterrumpidas renovaciones del vínculo tuvieron por objeto encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, con una evidente desviación de poder que generó en la actora una legítima expectativa de permanencia laboral.

El prolongado tiempo durante el cual la actora prestó los servicios referidos comporta un dato fáctico decisivo “como para hacer suponer una desviación de poder en la autoridad administrativa, que tienda a mantener al agente en una [...] situación de inestabilidad mientras ejerce funciones [...] burlando así la garantía contenida en el art. 14 [...] de la Constitución Nacional” (Fallos: 310:195; y esta sala, causa “*Zanón*”, citada).

Complementariamente, es útil y conveniente poner de relieve que la parte demandada, por un lado, no controvertió la afirmación exhibida por la actora relativamente a que cumplía “idénticas tareas” que el personal de planta permanente y, por otro lado, no demostró que esas prestaciones hayan sido “transitorias”, “temporales” o “estacionales”.

XI. Debe, pues, admitirse los agravios, hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, reconocer a la actora el derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 11, quinto párrafo, de la ley 25.164¹ que deberá computarse a partir del 1 de enero de 1999.

¹ “Vencido el término de la disponibilidad, sin que haya sido reubicado, o en el caso que el agente rehusare el ofrecimiento de ocupar un cargo o no existieran vacantes, se producirá la baja, generándose el derecho a percibir una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción



A las sumas resultantes del cálculo pertinente se adicionará el interés de la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina desde la fecha de interrupción del vínculo contractual (30 de junio de 2015) hasta su efectivo pago (esta sala, causas “*Srulevich Marcelo Fabián c/ UBA s/ empleo público*”, “*Heller Claudia Beatriz c/ UBA y otro s/ empleo público*”, “*Montecchia David Fernando c/ EN M Salud y Desarrollo Social s/ empleo público*”, pronunciamientos del 9 de diciembre de 2018, del 27 de mayo de 2019 y del 11 de noviembre de 2021, respectivamente).

XII. Las costas de ambas instancias deben ser impuestas a la parte demandada que resulta sustancialmente vencida (artículo 68, primer párrafo, y artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En mérito de las razones expuestas, propongo al acuerdo: **1.** Hacer lugar a los agravios ofrecidos por la actora, revocar la sentencia apelada y admitir la demanda en los términos del punto **XI**; **2.** Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada.

Las juezas Clara María do Pico y Liliana María Heiland adhieren al voto preceden.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE**: **1.** Hacer lugar a los agravios ofrecidos por la _____ mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía”.





Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL- SALA I**

actora, revocar la sentencia apelada y admitir la demanda en los términos del punto **XI**; **2**. Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 23/12/2021

Firmado por: HERNAN GERDING, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CLARA MARIA DO PICO, JUEZA DE CAMARA

Firmado por: RODOLFO FACIO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LILIANA MARIA HEILAND, JUEZ DE CAMARA



#27691233#312294814#20211222130735360



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2021.-RR

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

Las juezas Clara M. do Pico y Liliana M. Heiland dijeron:

I. Que la parte actora promovió la presente acción declarativa de certeza contra el Poder Ejecutivo Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad de la ley 27.605, del decreto n° 42/2021, de la resolución general (AFIP) n° 4930/2021 y de cualquier otra norma que se dicte en consecuencia.

Sostuvo que esas normas la colocan en la ilegítima obligación de pagar el “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia” —que identifica como un impuesto—, en tanto que el cumplimiento de esa obligación:

i. Afecta la integridad de su patrimonio y anula su renta, porque su aplicación es confiscatoria, al producir la absorción del: (a) 101,56 % de la renta bruta estimada para el ejercicio 2020, (b) 173,65 % de esa renta bruta, si el “aporte” se observa de manera conjunta con los impuestos sobre los bienes personales y a las ganancias; (c) 363,82 % de la renta neta; (d) 3,63 % del total de los activos del ejercicio 2020; y (e) 6,21 % de esos activos, si el “aporte” se observa de manera conjunta con los impuestos sobre los bienes personales y a las ganancias del ejercicio 2020.

ii. Es contraria a los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y capacidad contributiva; y

iii. Desconoce las leyes 27.429 y 27.469 que aprobaron los Consensos Fiscales suscriptos en 2017 y 2018, respectivamente.



En ese marco, y hasta tanto se resuelva definitivamente su pretensión, solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la AFIP-DGI que se abstenga de: (a) reclamar el pago del “aporte”, “ya sea mediante fiscalizaciones, o intimaciones en sede administrativa, como así también de iniciar un procedimiento determinativo”; (b) “trabar medidas cautelares (inhibiciones o embargos) sobre cuentas bancarias o bienes de mi mandante, ya sea mediante un proceso de ejecución fiscal o bien mediante las facultades conferidas por el Art. 111 de la Ley N° 11.683”; (c) “modificar la categoría del Sistema de Perfil de Riesgo ‘SIPER’ que (...) posee a la fecha del inicio de la presente acción”; y (d) “promover cualquier otro reclamo y/o acción y/o medida alguna y/o iniciar cualquier tipo de acción administrativa o judicial tendiente a determinar y/o percibir (..) y/o aplicar sanciones de cualquier tipo que vulnere o podría vulnerar los derechos que le asisten (...) incluyendo, sin limitación, la formulación de denuncia penal”.

II. Que el juez de primera instancia rechazó la medida cautelar (ver el pronunciamiento del 23 de junio de 2021).

Para decidir de ese modo, el juez:

i. Recordó que las medidas cautelares (a) son de aplicación restrictiva y de carácter excepcional en los litigios contra la administración, en virtud de la presunción de validez de que están investidos, *prima facie*, los actos de los poderes públicos, y (b) deben ser examinadas con particular estrictez cuando se trata de reclamos y cobros fiscales.

ii. Consideró que, en el caso, no se logró acreditar el requisito de la verosimilitud del derecho, pues “la cuestión traída a conocimiento reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico-jurídico, sobre las que no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar”.

Agregó que “no basta con la explicación de las argumentaciones realizadas por la parte actora -por muy significativas que resulten- en la medida que las circunstancias del caso tornan imprescindible la necesidad de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6

un mayor conocimiento, requiriéndose el ofrecimiento de pruebas y la consiguiente acreditación de las circunstancias alegadas y por ende de un mayor debate que no puede concretarse dentro del marco de la medida cautelar formulada”.

iii. En ese sentido, resaltó que la parte actora “no cumplió con la carga de poner en evidencia, de manera circunstanciada, la ilegalidad y arbitrariedad que invoca como fundamento de su pretensión”.

iv. Destacó que la parte actora tampoco acreditó que el pago del “aporte” pueda causarle “graves daños que luego no puedan repararse, pues (...) no ha probado que tal circunstancia afecte de manera significativa su patrimonio”.

v. Afirmó que, de admitirse la medida solicitada, la parte actora obtendría anticipadamente la satisfacción que persigue con la acción de fondo.

vi. Puso de resalto que “las resoluciones sobre medidas precautorias no revisten el carácter de sentencias definitivas, por lo que no puede pretenderse respecto de ellas la existencia de cosa juzgada material o formal y pueden, por ende, ser modificadas cuando varían las circunstancias de hecho”.

III. Que la parte actora interpuso recurso de apelación y expresó agravios, replicados por la AFIP (ver las presentaciones digitales del 1º, 5º y 15 de julio, respectivamente).

Sus críticas pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

i. El pronunciamiento recurrido omitió el examen de los planteos expuestos en el escrito de inicio y de la documentación acompañada. Particularmente, el informe contable que evidencia la grave situación que acarrearía el pago de “aporte”, que implica un desapoderamiento de sus bienes porque las rentas que obtuvo en el año 2020 no son suficientes para



hacer frente a esa obligación, “ni mucho menos para soportar la carga tributaria cuando se observa de manera conjunta con los otros impuestos”.

ii. En pos de la defensa del interés público —que el juez identifica con la percepción de las rentas públicas por parte del Estado— se concreta una afectación clara a su derecho de propiedad. El interés público realmente afectado es la inobservancia de premisas constitucionales elementales en que incurrió la parte demandada con la sanción de la ley 27.605.

iii. El derecho invocado es verosímil y el juez lo reconoció al expresar que las argumentaciones del escrito inicial resultan “significativas”.

Esa verosimilitud se evidencia en el hecho de que el pago del “aporte” no puede ser cubierto con los rendimientos obtenidos en el período 2020.

iv. El juez no se expidió respecto del requisito del peligro en la demora. Se acreditó que el pago del aporte conculca su derecho de propiedad, pues el rechazo de la medida cautelar implica que la AFIP puede dar comienzo al procedimiento de determinación de oficio, trabar embargos, aplicar sanciones, iniciar una ejecución fiscal y hasta instar una denuncia penal. No se consideró el hecho de que la AFIP notificó el 30 de abril de 2021 el inicio de la fiscalización referido al “aporte”.

v. La sentencia que se dicte no podrá remediar las perniciosas consecuencias que ocasionará el pago del “aporte” (desapoderamiento de activos, descapitalización, transitar procesos que provocan dispendios económicos, transitar procesos penales, que dañarían, incluso, su imagen).

IV. Que teniendo en cuenta que la parte actora, al recurrir ante esta instancia, no mantuvo el planteo de inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.854, la procedencia de la medida cautelar solicitada —cuyos efectos, prácticamente, implican la suspensión de la ley 27.605, del decreto 42/2021 y de la resolución (AFIP) n° 4930/2021— se encuentra condicionada, en los términos del artículo 13 de la ley 26.854, a que “concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6

sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”.

V. Que el examen de la procedencia de las medidas cautelares como la aquí peticionada debe ser efectuado con particular estrictez, pues la actividad del Congreso Nacional y su resultado concreto, esto es, la ley 27.605, al configurar una manifestación de la función estatal, exhibe, de acuerdo con un principio general reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una presunción de validez (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695; 328:3018; 333:1023; causas CSJ 1387/2013 (49-M)/CS1 “*Minera Santa Cruz S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ incidente de medida cautelar*”, pronunciamiento del 9 de diciembre de 2015, y CSJ 5006/2015 “*Cámara Argentina de Arena y Piedra y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y repetición*”, pronunciamiento del 29 de agosto de 2017; esta sala, causa n° 21.949/2017/6 “*Cámara Unión Argentina de Empresarios de Entretenimiento c/ EN –AFIP s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 6 de abril de 2018).

VI. Que si bien esta sala ha admitido que a mayor verosimilitud del derecho no cabe exigir tanta estrictez respecto del peligro en la demora y, viceversa, cuanto mayor es ese peligro menor es el rigor en lo atinente a la verosimilitud del derecho, también ha señalado que esa fórmula no puede desplazar la exigencia de que ambos requisitos siempre deben encontrarse configurados (causa n° 13.530/2020 “*Incidente N° 1 – Actor: Obra Social del Personal de Seguridad Comercial e Industrial e Investigación Privada*”).



Demandado: EN - Superintendencia de Servicios para la Salud s/ inc de medida cautelar”, pronunciamiento del 7 de abril de 2021, y sus citas).

VII. Que referentemente al requisito del peligro en la demora, el Alto Tribunal ha hecho hincapié que su examen “exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretender evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva (...) y que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica” (Fallos: 344:1033; ver, asimismo, esta sala, causas n°s 63.881/2018 “*Incidente N° 1 - Actor: Lihue Tue S.A. Demandado: EN s/ inc. de medida cautelar*” y 14.404/2020 “*Instituto Quirúrgico Laser S.A. c/ EN-ENRE y otros/ amparo ley 16.986*”, pronunciamientos del 21 de febrero de 2019 y del 22 de abril de 2021, y sus citas).

VIII. Que a partir de esas premisas, el rechazo de la medida solicitada debe ser mantenido, pues los elementos considerados hasta el momento no permiten tener por configurada la alegada generación de daños graves de imposible reparación ulterior (inciso ‘a’ del artículo 13 de la ley 26.854), o, dicho en términos más tradicionales, el peligro en la demora.

Ciertamente, la recurrente sostuvo que el recaudo del peligro en la demora se hallaba acreditado (i) en el daño a su derecho de propiedad que le ocasiona el pago del tributo —cuyo impacto estimó mediante el informe contable que acompañó al escrito inicial—, y (ii) en las diversas acciones recaudatorias y asegurativas que la AFIP puede tomar a partir de la aplicación de las normas cuya constitucionalidad cuestiona. En este último punto, indicó que la parte demandada notificó el 30 de abril de 2021 el inicio de la fiscalización del referido “aporte”.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

Ahora bien, y más allá de que en el informe contable la parte actora cuantificó la gravitación que el pago del “aporte” tendría sobre su renta y su patrimonio, no se evidencia —en el *statu quo* actual— que el grado de perturbación que le ocasionaría, en su concreta situación económica, proseguir el desarrollo del proceso sin la tutela cautelar requerida.

Concretamente, en la actualidad, no es posible advertir que la AFIP pueda instar inmediatamente un procedimiento compulsivo de cobro del “aporte”.

En efecto:

i. La propia actora acompañó al escrito inicial una copia de la “multinota” que presentó ante la AFIP el 16 de abril de 2021, con el objeto de notificar que no presentaría la declaración jurada del “aporte”, con sustento en las diversas objeciones que expuso respecto de la ley 27.605 en la presente acción.

ii. Esa situación permite a la AFIP ejercer las facultades de aplicación, percepción y verificación que la ley 11.683 le confiere respecto del cumplimiento que los obligados den a las leyes, reglamentos o resoluciones y, en este sentido, de la documentación acompañada surge que únicamente notificó a la actora el inicio de la fiscalización (confr. “F. 8000/I” del 29 de abril de 2021, correspondiente a la orden de intervención n° 1926546, notificada a la recurrente el 30 de abril), facultad que, vale recordar, la administración puede ejercer en cualquier momento (art. 35 de la ley citada).

iii. Por ende, al momento en que se toma la presente decisión, no consta que la AFIP haya iniciado al procedimiento fiscal previsto en los artículos 16 y siguientes de la ley 11.683, a los efectos de determinar la obligación de la parte actora respecto del “aporte”.

Sin la culminación de ese procedimiento, la parte demandada no se encuentra habilitada para intimar el pago del “aporte” a la parte actora.



Tampoco puede aplicar las sanciones previstas en el Título I, Capítulo VI, de la ley 11.683, ni formular denuncia penal (artículo 18 del régimen penal tributario, previsto en el Título IX de la ley 27.430).

IX. Que, adicionalmente y en punto a las medidas “asegurativas” que la AFIP podría instar contra la parte actora, la ley 11.683 no le otorga facultades para trabarlas por sí, sino que las debe solicitar con “razones fundadas” al juez competente (artículo 111 de la referida ley).

X. Que, en suma, dado que la parte actora no logró acreditar el requisito del “peligro en la demora” que invocó como fundamento de la medida que requirió, resulta insustancial examinar el recaudo atinente a la verosimilitud del derecho alegado.

XI. Que, finalmente y del modo en que fue puesto de relieve por el juez, las decisiones tomadas en materia de medidas cautelares son provisionales, susceptibles de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio, cuando cambian las circunstancias en las que fueron dictadas (Fallos: 344:701; 327:202; 321:3384; entre otros).

XII. Que las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado, en atención a la complejidad de la cuestión debatida y su carácter novedoso (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En mérito de las razones expuestas, **VOTAMOS** por: **1.** Desestimar los agravios y confirmar el pronunciamiento apelado. **2.** Distribuir las costas en el orden causado.

El juez Rodolfo Eduardo Facio dijo:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

I. Que la parte actora promovió una acción declarativa de certeza contra el Poder Ejecutivo Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a fin de obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad de la ley 27.605, del decreto n° 42/2021, de la resolución general AFIP n° 4930/2021 y de cualquier otra norma que se dicte en consecuencia.

Alegó que esas normas la colocan en la ilegítima obligación de pagar el “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia” —que identifica como un impuesto—, en tanto el cumplimiento de esa obligación:

i. Afecta la integridad de su patrimonio y anula su renta, porque su aplicación es confiscatoria al producir una absorción sustancial de aquellos.

ii. Es contraria a los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y capacidad contributiva.

iii. Desconoce las leyes 27.429 y 27.469 que aprobaron los Consensos Fiscales suscriptos en 2017 y 2018, respectivamente.

En ese marco solicitó que se le conceda, hasta que se resuelva definitivamente su pretensión, una medida cautelar que ordene a la AFIP (Dirección General Impositiva —DGI) que se abstenga de: (a) reclamar el pago del “aporte”, “ya sea mediante fiscalizaciones, o intimaciones en sede administrativa, como así también de iniciar un procedimiento determinativo”; (b) “trabar medidas cautelares (inhibiciones o embargos) sobre cuentas bancarias o bienes de mi mandante, ya sea mediante un proceso de ejecución fiscal o bien mediante las facultades conferidas por el Art. 111 de la Ley N° 11.683”; (c) “modificar la categoría del Sistema de Perfil de Riesgo ‘SIPER’ que (...) posee a la fecha del inicio de la presente acción”; y (d) “promover cualquier otro reclamo y/o acción y/o medida alguna y/o iniciar cualquier tipo de acción administrativa o judicial tendiente a determinar y/o percibir (..) y/o



aplicar sanciones de cualquier tipo que vulnere o podría vulnerar los derechos que le asisten (...) incluyendo, sin limitación, la formulación de denuncia penal”.

II. Que el juez de primera instancia rechazó la medida cautelar (ver el pronunciamiento del 23 de junio de 2021).

Para decidir de ese modo, sostuvo:

i. Las medidas cautelares: (a) son de aplicación restrictiva y de carácter excepcional en los litigios contra la administración, en virtud de la presunción de validez de que están investidos, *prima facie*, los actos de los poderes públicos; y (b) deben ser examinadas con particular estrictez cuando se trata de reclamos y cobros fiscales.

ii. No se acreditó el requisito de la verosimilitud del derecho, pues “la cuestión traída a conocimiento reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico-jurídico, sobre las que no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar”.

iii. “[N]o basta con la explicación de las argumentaciones realizadas por la parte actora —por muy significativas que resulten— en la medida que las circunstancias del caso tornan imprescindible la necesidad de un mayor conocimiento, requiriéndose el ofrecimiento de pruebas y la consiguiente acreditación de las circunstancias alegadas y por ende de un mayor debate que no puede concretarse dentro del marco de la medida cautelar formulada”.

iv. La parte actora “no cumplió con la carga de poner en evidencia, de manera circunstanciada, la ilegalidad y arbitrariedad que invoca como fundamento de su pretensión”.

v. La parte actora tampoco acreditó que el pago del “aporte” pueda causarle “graves daños que luego no puedan repararse, pues (...) no ha probado que tal circunstancia afecte de manera significativa su patrimonio”.

vi. De admitirse la medida solicitada, la parte actora obtendría anticipadamente la satisfacción que persigue con la acción de fondo.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

vii. “[L]as resoluciones sobre medidas precautorias no revisten el carácter de sentencias definitivas, por lo que no puede pretenderse respecto de ellas la existencia de cosa juzgada material o formal y pueden, por ende, ser modificadas cuando varían las circunstancias de hecho”.

III. Que la parte actora interpuso recurso de apelación y expresó agravios que fueron replicados por la AFIP (ver las presentaciones digitales del 1º, 5º y 15 de julio, respectivamente).

Las críticas pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

i. El pronunciamiento recurrido omitió el examen de los planteos expuestos en el escrito de inicio y de la documentación acompañada. Destacó, particularmente, el informe contable que evidencia la grave situación que acarrearía el pago de “aporte”, que implica un desapoderamiento de sus bienes porque las rentas que obtuvo en el año 2020 no son suficientes para hacer frente a esa obligación, “ni mucho menos para soportar la carga tributaria cuando se observa de manera conjunta con los otros impuestos”.

ii. Con la invocación del interés público la sentencia apelada “pretende instalar la idea de que la medida cautelar que mi representada ha solicitado podría afectar el interés público y es por ello que los jueces deben contribuir para que no se dañe la normal percepción de las rentas públicas”. “El interés público afectado es que se respeten las normas de la Constitución Nacional, las cuales no pueden soslayarse bajo ningún pretexto, porque está claro que la loable tarea que realiza la Administración no debe desplegarse a cualquier precio y menos aún arrasando con las premisas elementales de la vida constitucional de nuestro país”. El derecho de propiedad “se vería totalmente vulnerado en el caso de que no sea otorgada la medida cautelar solicitada, simplemente porque el Impuesto de la Ley 27.605 no puede ser cancelado con el producido de la renta, obligando [...] a desapoderarse de bienes o capital para hacer frente a una gabela que resulta confiscatoria”.



iii. El derecho invocado es verosímil y el juez lo reconoció al expresar que las argumentaciones del escrito inicial resultan “significativas”.

Esa verosimilitud se evidencia en el hecho de que el pago del “aporte” no puede ser cubierto con los rendimientos obtenidos en el período 2020.

iv. El juez no se expidió respecto del requisito del peligro en la demora. Se acreditó que el pago del aporte conculca su derecho de propiedad, pues el rechazo de la medida cautelar implica que la AFIP puede dar comienzo al procedimiento de determinación de oficio, trabar embargos, aplicar sanciones, iniciar una ejecución fiscal y hasta instar una denuncia penal. No se consideró el hecho de que la AFIP notificó el 30 de abril de 2021 el inicio de la fiscalización referido al “aporte”.

v. La sentencia que se dicte no podrá remediar las perniciosas consecuencias que ocasionará el pago del “aporte” (desapoderamiento de activos, descapitalización, transitar procesos que provocan dispendios económicos, transitar procesos penales, que dañarían, incluso, su imagen).

IV. Que la procedencia de la medida cautelar solicitada —cuyos efectos, prácticamente, implican la suspensión de la ley 27.605, del decreto 42/2021 y de la resolución AFIP n° 4930/2021— se encuentra condicionada, en los términos del artículo 13 de la ley 26.854, a que “concurran simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”.

V. Que con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el examen de la procedencia de las medidas cautelares





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

como la que aquí ha sido peticionada debe ser efectuado con particular estrictez, habida cuenta de la afectación que producen sobre el erario público — y, por tanto, sobre la comunidad—, pues la regular percepción de las rentas del Tesoro —en el tiempo y en el modo dispuestos legalmente— es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado (Fallos: 235:787; 312:1010; 313:1420; 318:2431; 319:1317; 327:5521; y causas G.195.XLVI “*Glaciar Pesquera SA c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, pronunciamiento del 7 de diciembre de 2010, y CSJ 5006/2015 “*Cámara Argentina de Arena y Piedra y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y repetición*”, pronunciamiento del 29 de agosto de 2017; esta sala, causa “*Cámara Unión Argentina de Empresarios de Entretenimiento c/ EN –AFIP s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 6 de abril de 2018).

VI. Que, en ese sentido, el Máximo Tribunal ha establecido que si bien por vía de principio las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos o legislativos, dada la presunción de validez que ostentan, ese criterio debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (Fallos: 250:154; 251; 336; 307:1702; 314:695; 329:2684; 331:1611; 331:2910; 335:23; 335:49; 342:1048 y 1591).

VII. Que al examinar la clásica exigencia de la verosimilitud del derecho, esta sala ha dicho que “las medidas cautelares, por su propia naturaleza, no exigen de los tribunales el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino, precisamente, sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad de esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo,



agota su actualidad (Fallos: 318:1077, considerando 5°). Y añadió que “la reflexión precedente no quita, sin embargo, el especial cuidado que el objeto de la medida impone (doctrina de Fallos: 314:1202), habida cuenta de que la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida —o a controvertir— en el proceso principal, sino de un examen del que resulte un cálculo de probabilidades de que el derecho invocado y discutido exista, que se desprenderá de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria. Esto no importa, de ningún modo, que ello coincida incontrastablemente con la realidad, en tanto dicha certeza sólo aparecerá, eventualmente, con la sentencia que ponga fin al proceso” (causas “*Esso Petrolera Argentina SRL c/ EN –DGA (Nota 83/11 – DVI –Expte. 12098 - s/ medida cautelar (Autónoma)*”, pronunciamiento del 11 de octubre de 2011, “*Ruiz Darío –inc. med. (19-VIII-11) c/ EN –Poder Judicial de la Nación – resol. 258/11 y otras s/ empleo público*”, pronunciamiento del 15 de noviembre de 2011, “*Chiappe Barbara, María Angelina c/ UBA s/ medida cautelar (autónoma)*”, pronunciamiento del 26 de mayo de 2017, “*Obra Social del Personal de Seguridad Comercial e Industrial e Investigacion Privada demandado: EN -Superintendencia de Servicios para la Salud s/ inc de medida cautelar*”, pronunciamiento del 7 de abril de 2021 e “*Instituto Quirúrgico Laser SA c/ EN -ENRE y otro s/ amparo ley 16.986*”, pronunciamiento del 22 de abril de 2021, entre otras).

VIII. Que la ley 27.605, en cuanto aquí más interesa:

—En el artículo 1° creó, “con carácter de emergencia y por única vez”, un “aporte extraordinario obligatorio, que recaerá sobre las personas mencionadas en el artículo 2° según sus bienes existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, determinados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley”.

—En el artículo 2° prescribe:

i. Se encuentran alcanzadas:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

(a) Las personas humanas y las sucesiones indivisas residentes en el país, por la totalidad de sus bienes en el país y en el exterior. En cuanto a los bienes, dispone que son los “comprendidos y valuados” de conformidad con el título VI de la ley 23.966 (impuesto sobre los bienes personales), “independientemente del tratamiento que revistan frente a ese gravamen y sin deducción de mínimo no imponible alguno, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley” (inciso ‘a’, primer párrafo).

(b) Las personas humanas de nacionalidad argentina cuyo domicilio o residencia se encuentre en “jurisdicciones no cooperantes” o “jurisdicciones de baja o nula tributación”, en los términos de los artículos 19 y 20 de la ley de Impuesto a las Ganancias, quienes “serán consideradas sujetos residentes a los efectos de este aporte” (inciso ‘a’, segundo párrafo).

(c) Las personas humanas y sucesiones indivisas residentes en el exterior (a excepción de las mencionadas en el punto anterior), por la totalidad de sus bienes en el país. El tratamiento respecto de los bienes es idéntico al señalado en el primer punto (inciso ‘b’).

ii. Están “exentas de este aporte las personas mencionadas en el artículo 2° cuando el valor de la totalidad de sus bienes no exceda de los doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000), inclusive. Cuando se supere la mencionada cifra, quedará alcanzada por el aporte de la totalidad de los bienes, debiendo ingresarlo de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4° y 5°”.

—En el artículo 4° contempla que cuando el valor de los bienes que se sitúen en el país exceda de los \$300.000.000 se abona el importe establecido para las escalas allí previstas y sobre el excedente se aplican las alícuotas que varían entre el 2,25% y el 3,50%;

—En el artículo 5° dispone que cuando el valor de los bienes situados en el país y en el exterior supere los \$200.000.000, sobre los bienes



situados en el extranjero se aplican alícuotas diferenciadas, que varían — según las escalas— del 3% al 5,25%.

—En el artículo 9º determina que la “aplicación, percepción y fiscalización” del “aporte” está a cargo de la AFIP —con “aplicación supletoria de las disposiciones de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, y del “Régimen Penal Tributario del título IX de la ley 27.430 y sus modificaciones— y le asignó la facultad para “dictar las normas complementarias para la determinación de plazos, formas de ingreso, presentación de declaraciones juradas y demás aspectos vinculados a la recaudación de este aporte”.

—Y en el artículo 10 establece que la “ley comenzará a regir el día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina”. Dicha publicación tuvo lugar el 18 de diciembre de 2020.

IX. Que más allá del pronunciamiento que se dicte en el plano sustancial de la controversia —en el que se esclarecerá las pretensiones que cada una de las partes alega—, el examen preliminar del derecho invocado por la parte actora se asienta sobre bases *prima facie* verosímiles (artículo 13, punto I, incisos ‘b’ y ‘c’, de la ley 26.854).

X. Que es cierto que según el criterio establecido por la Corte Suprema, la acreditación de un supuesto de confiscatoriedad está sujeto a rigurosas exigencias de prueba tendientes a poner en evidencia su acaecimiento a los fines de acreditar que con su pago el Estado Nacional absorbería una porción sustancial de la renta o el capital de la persona contribuyente (causa FMZ 082203891/2012/1/RH001 “*Recurso Queja N° 1 – Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario*”, pronunciamiento del 4 de agosto de 2016; Fallos: 220:1082; 314:1293; 322:3255; 344:1458; entre muchos otros).

Empero, no debe perderse de vista que la gravitación económica de los reclamos fiscales es un aspecto que el Máximo Tribunal no ha dejado de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
**5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6**

lado al admitir medidas de naturaleza semejante a la que requiere la parte actora (Fallos: 314:1312; 324:3045; 325:2842; y CSJ 57/2013 (49-Y) / CS1 “YPF S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, pronunciamiento del 15 de septiembre de 2015).

En este contexto cobra relevancia el “Informe especial de contador público sobre la relación de rentas, activos y aporte solidario extraordinario de la ley 27.605” que acompañó la parte actora en la demanda.

Sin perjuicio de que la información allí exhibida pueda ser rebatida posteriormente a partir de los medios probatorios ofrecidos por las partes, e incluso con el avance del ejercicio de las facultades administrativas propias de la AFIP, cabe retener que en dicho informe:

i. Se expone que la obligación cuyo cumplimiento recaería sobre la parte actora produciría, en su caso, una absorción del: (a) 101,56 % de la renta bruta estimada para el ejercicio 2020, (b) 173,65 % de esa renta bruta, si el “aporte” se observa de manera conjunta con los impuestos sobre los bienes personales y a las ganancias; (c) 363,82 % de la renta neta; (d) 3,63 % del total de los activos del ejercicio 2020; y (e) 6,21 % de esos activos, si el “aporte” se observa de manera conjunta con los impuestos sobre los bienes personales y a las ganancias del ejercicio 2020.

ii. Se indica —por vía de hipótesis y a efectos de demostrar la aplicación desigual del “aporte”— que la utilización de las alícuotas diferenciadas previstas en los artículos 4° y 5° de la ley 27.605 (según el lugar en que se encuentran situados los bienes alcanzados por el “aporte”) provocaría, en su caso, tener que soportar una carga que supera en un 39% a la que correspondería otra persona que posea una capacidad contributiva igual y que no cuente con bienes en el exterior.

Con la comprensión señalada, el referido informe contable constituye un indicio suficiente sobre los posibles efectos confiscatorios que provocaría la aplicación de las normas impugnadas por la parte actora en la



demanda y, por tanto, para considerar acreditado el requisito de la verosimilitud del derecho invocado, aspecto en el que no está demás recordar que, aún cuando ello no lo descalificaría, en principio, bajo la perspectiva de un examen constitucional, el tributo involucrado vendría a superponerse con otro impuesto patrimonial de similar naturaleza fiscal (“bienes personales”), con una lógica consecuencia multiplicadora de la carga fiscal o “presión impositiva” en la situación de la parte actora, que en el caso superaría los parámetros aceptados por la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 314:1293; 322:3255; 332:1571).

Esta conclusión, formulada preliminarmente, claro está, determina la diferencia que exhibe este caso respecto de las causas n°s 3.220/2021 “*Incidente N° 1 - Actor: G., A. Demandado: EN - AFIP - Ley 27605 y otro s/ inc. apelación*” y 3.352/2021 “*Incidente N° 1 - Actor: A., J. (((MC))) Demandado: EN - AFIP s/ inc. medida cautelar*”, en las que —en el acuerdo del día de la fecha— voté por el rechazo de las medidas cautelares presentadas con una finalidad análoga.

XI. Que si bien a mayor verosimilitud del derecho no cabe requerir tanta estrictez respecto del peligro en la demora y, viceversa, cuanto mayor es ese peligro menor es el rigor en lo atinente a la verosimilitud del derecho, la procedencia de la tutela requiere que ambos requisitos se encuentren configurados (esta sala, causa “*Incidente N° 1 – Actor: Obra Social del Personal de Seguridad Comercial e Industrial e Investigación Privada Demandado: EN - Superintendencia de Servicios para la Salud s/ inc de medida cautelar*”, pronunciamiento del 7 de abril de 2021, y sus citas).

Esa exigencia, aquí, se encuentra cumplida.

La ponderación preliminar de la cuestión jurídica puesta al conocimiento sumario de este tribunal, por su robustez, su significación y su trascendencia económica, concede elementos de juicio suficientes para examinar si “el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior” (artículo 13,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6

punto I, inciso ‘a’, de la ley 26.854), o, en términos clásicos, el requisito atinente al “peligro en la demora”.

Cabe tener en cuenta, además, que la parte demandada notificó a la parte actora el inicio de una fiscalización tendiente a verificar su obligación referente al “aporte” (ver el acta referida a la orden de intervención n° 1926546, emitida el 29 de abril de 2021 por la AFIP, acompañada a la demanda).

El ejercicio de tales facultades ha sido considerado, con relevancia, por el Máximo Tribunal como un aspecto a ponderar en el examen del peligro en la demora (Fallos: 344:1033, “*Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*”).

Y también cabe remarcar —como se expuso en el considerando anterior— la gravitación económica que el “aporte” representa, según la certificación contable acompañada a la demanda.

XII. Que puede afirmarse que se halla sumariamente justificada la protección cautelar requerida por la parte actora, de modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales invocadas como vulneradas, y como un remedio proporcionado a la naturaleza y a la relevancia de los fundamentos que sostienen su pretensión litigiosa, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema (causa A.62.XLVIII “*Autotransportes San Juan Mar del Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de certeza*”, pronunciamiento del 2 de julio de 2013; esta sala, causas “*YPF S.A. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura s/ proceso de conocimiento*” y “*Telefónica Argentina S.A. c/ EN -ENACOM y otro s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamientos del 21 de febrero y 6 de mayo de 2021, respectivamente).



XIII. Que la concesión de la medida cautelar no provoca la afectación del interés público ni causa efectos jurídicos o materiales irreversibles (artículo 13, punto I, incisos ‘d’ y ‘e’, de la ley 26.854), puesto que más allá del limitado alcance de la tutela, ésta no proyecta sus efectos fuera del caso concreto, ya que frente a un hipotético pronunciamiento desfavorable sobre el plano sustancial de la cuestión debatida la parte demandada podrá reclamar los montos involucrados, aspecto cuyo cumplimiento, además, se asegurará mediante la prestación de la caución real correspondiente (esta sala, causas “*Telecom Argentina SA c/ EN -AFIP s/ proceso de conocimiento*”, pronunciamiento del 3 de diciembre de 2020, e “*YPF SA*”, citada).

Paralelamente, por las razones apuntadas, se exhibe más perjudicial la denegación de la cautela que su otorgamiento (esta sala, causa “*Cosufi S.A. SA c/ EN-AFIP-DGI s/ medida cautelar (autonoma)*”, pronunciamiento del 16 de marzo de 2017).

XIV. Que con el alcance que seguidamente se da a la pretensión cautelar, es fácil advertir que el objeto de la tutela peticionada no coincide con el objeto de la demanda principal, en tanto queda reservado para el plano sustancial de la cuestión debatida el examen sobre la inconstitucionalidad planteada en la demanda (artículo 3º, punto 4, de la ley 26.854).

XV. Que corresponde, pues, delimitar el alcance de la medida cautelar.

La amplitud de los términos en que fue requerida la tutela por la parte actora no puede ser admitida, pues los daños se concretarían con las acciones recaudatorias y asegurativas que la parte demandada puede ejercer.

Por tanto, corresponde ordenar a la AFIP que se abstenga de realizar cualquier acto o llevar adelante cualquier conducta que implique la afectación directa sobre la persona de la parte actora y de su patrimonio, tales como: (a) intimar y/o ejecutar en sede administrativa o judicial sumas en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I
5711/2021 Incidente N° 1 - ACTOR: D. M., M. DEMANDADO: EN-
AFIP-DGI-LEY 27605 s/INC APELACION; Juzg. 6

concepto del “aporte” examinado, sus accesorios y/o multas; (b) emitir certificados de deuda presunta a efectos de requerir la traba de embagos preventivos y/o de cualquier otra medida precautoria vinculada con la percepcion del “aporte”; y (c) formular denuncia penal en los términos del Título IX de la ley 27.430.

XVI. Que resulta razonable conceder la medida cautelar por el plazo de seis (6) meses o hasta el dictado de la sentencia definitiva, según la circunstancia que ocurra en primer lugar (artículo 5° de la ley 26.854).

XVII. Que, previamente a la traba de la medida cautelar, la parte actora debe satisfacer una caución real por el monto que, según la estimación efectuada en la certificación aportada en la causa, debería haber tributado en concepto de “aporte solidario”, cuya instrumentación deberá ser realizada en el juzgado de primera instancia.

Ese importe podrá ser depositado en efectivo —en un banco oficial a la orden de dicho juzgado, como perteneciente a esta causa— o en bonos, títulos de la deuda pública, seguro de caución o bienes embargables, según la decisión que tome el juez de primera instancia (artículo 10 de la ley 26.854).

La parte demandada podrá, eventualmente, solicitar, de manera fundada y oportuna, una mejora de la contracautela si el ejercicio de las facultades administrativas propias en el caso concreto respecto de la parte actora la determinan, luego, como insuficiente (artículo 12 de ley 26.854).

XVIII. Que las razones expuestas llevan a admitir los agravios, a revocar el pronunciamiento apelado y a otorgar la medida cautelar requerida por la parte actora, en los términos de los puntos XV, XVI y XVII.

Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado, en atención a las particularidades del caso y al carácter novedoso de la cuestión



examinada (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). **Así voto.**

En virtud del resultado que informa el acuerdo, el tribunal **RESUELVE: 1.** Desestimar los agravios y confirmar el pronunciamiento apelado. **2.** Distribuir las costas de esta instancia en el orden causado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Clara María do Pico

Liliana María Heiland

Rodolfo Eduardo Facio
(en disidencia)





República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2019-90643223-APN-DD#MECCYT

SEÑOR DIRECTOR GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS
DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

Esa Dirección General de Despacho y Decretos solicita la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación en relación con un proyecto de decreto N.º IF-2020-50121686-APN-DRRHHME#MECCYT (en adelante, *el Proyecto de Decreto*), por el que se rechaza el recurso jerárquico interpuesto, en subsidio del de reconsideración, por la agente Tibisay Caromoto Baptista Barroeta de la planta permanente del Ministerio de Educación, en los términos del artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017* (B.O. 2-11-17), contra la evaluación que calificó su desempeño laboral correspondiente al período 2018.

- | -

ANTECEDENTES

1.1. La mencionada agente que revista en un Nivel F, Grado 1, del Agrupamiento General del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del Sistema Nacional de Empleo Público -SINEP- aprobado por el Decreto N.º 2098/08 (B.O. 5-12-08), de la planta permanente de la Unidad Ministro del entonces Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, el 4 de octubre de 2019 recurrió la calificación *BUENO* que mereció su Evaluación de Desempeño correspondiente al período comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2018 (v. orden 2).

1.2. Se agravió de los catorce puntos obtenidos por cuanto estimó que no reflejaba realmente las funciones que desempeñaba, con excelentes resultados, en el sector cocina de la Unidad Ministro, ni la experiencia adquirida durante cinco años en tales labores.

Objetó en particular los Factores *CANTIDAD DE TRABAJO, CALIDAD DE TRABAJO, MANEJO*

DE LOS RECURSOS y CONOCIMIENTO DE LAS TAREAS, considerando que no se había tenido en cuenta el volumen de sus tareas, ni que las llevaba a cabo con buena predisposición y eficacia.

Solicitó entonces la rectificación de su evaluación, la modificación del puntaje consignado, subiéndolo en cuatro puntos para cada Factor, y que se la calificara con un *DESTACADO*, para evitarle así un perjuicio económico.

2.1. En el orden 6, se adunó el Formulario de Evaluación de Desempeño –Período 2018, Nivel 6 Operativo, sin Personal a cargo- correspondiente a la agente Baptista Barroeta, con la calificación *BUENO*, el que se encuentra suscripto por el Jefe de Despacho de la Unidad Ministro y por el Comité de Evaluación, con las firmas de sus integrantes, entre los que se encontraba el entonces Ministro de aquella cartera de Estado, el Coordinador de esa Unidad Ministro, más la de los veedores gremiales de las entidades signatarias del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del SINEP, sin formular objeciones.

2.2. Al pie del Formulario, se observa que la recurrente lo firmó el 23 de septiembre de 2019 *en disconformidad*.

2.3. En el orden 2, como se dijo, obra el recurso contra la calificación *BUENO* que mereció su Evaluación de Desempeño por el período comprendido entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2018.

3. En el orden 7, luce una constancia firmada por quien fuera Jefe de Despacho de la Unidad Ministro, ahora asesor legal, por la que, manifestando errores materiales en la confección del Formulario de Evaluación de Desempeño para el Ejercicio 2018, se rectificaron algunos rubros y se ratificaron otros, consignando que *En atención a las consideraciones realizadas por la Sra. Tibusay Coromoto BAPTISTA BARROETA, mediante el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio interpuesto con fecha 04 de Octubre de 2019 -IF-2019- 90644195-APN-DD#MECCYT. Manifiesto que al momento de realizar la evaluación de desempeño de la recurrente correspondiente al periodo 2018, quien suscribe ha caído en un error material, toda vez que el factor de evaluación N°2 fue ponderado en “1” y debe leerse y entenderse como “4”. Como así también, en el factor N°4 fue ponderado en “4” y debe leerse y entenderse como “1”. Sin perjuicio de ello, se ratifica los puntajes obtenidos en los demás factores de evaluación. Asimismo, se deja constancia que se le ha puesto en conocimiento por medio verbal las circunstancias laborales que dan mérito a la evaluación recurrida por el agente.*

4.1. En los órdenes 9 y 10 se halla el Acta del Comité de Evaluación, del 9 de octubre de 2019, por la que se resolvió el recurso de reconsideración deducido por la señora Baptista Barroeta. En aquel instrumento se reseñaron los factores del Formulario de Evaluación de Desempeño para el Período 2018 que la agente recurrió:

- a) El Factor 1.1. Cantidad de Trabajo porque consideró que había trabajado incansablemente.
- b) El Factor 1.2. Calidad de Trabajo debido a que no había recibido nunca un llamado de atención.
- c) El Factor 1.3. Manejo de Recursos, en cuanto adujo que los utilizaba eficazmente en sus tareas diarias.

d) El Factor 2. Conocimiento de las Tareas, argumentando que cumplía con su trabajo con excelentes resultados.

Asimismo, se especificó que se habían analizado los antecedentes nuevamente y que el Ministro había procedido a rectificar los valores en dos Factores; al Factor 2 objetado, se lo modificó por cuatro puntos y al Factor 4, que trata de la *Colaboración*, se lo redujo a un punto.

Por último, se consideró que no se presentaban otros elementos que permitieran cambiar la calificación obtenida por la recurrente, por lo que se ratificó el *BUENO* impugnado, con un puntaje total de catorce puntos.

La referida Acta fue suscripta por el Comité de Evaluación, integrado por el entonces titular de la cartera de Educación, el Coordinador de la Unidad Ministro y los veedores de las asociaciones sindicales Unión Personal Civil de la Nación (UPCN)- y, en disconformidad, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE).

4.2. Con posterioridad, el 23 de octubre de 2019 (v. pág. 2 del orden 9), la recurrente fue notificada en los términos del artículo 88, in fine, del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017*.

5. En el orden 12, el 24 de octubre de 2019, la recurrente amplió su recurso reiterando la argumentación ya vertida en su presentación inicial.

En particular y en virtud de lo decidido por el Comité Evaluador, expresó que:

a) Por el escaso puntaje obtenido en el factor Cantidad de Trabajo no se había contemplado su *incansable* atención al Ministro y a sus comensales en reuniones varias y que se hallaba sola en el turno mañana del sector.

b) Se había ignorado que en sus labores logró reducir costos y tiempo en la elaboración de las comidas.

c) No era correcto que se le hubiera bajado el puntaje en el Factor referido a su colaboración con el fundamento de que no le gustaba trabajar en equipo y de su cambio de carácter negando tales razones y aduciendo la ayuda que prestó en la confección de carteles en la cocina que indicaban como debía ser un servicio protocolar, y que nunca contestaba a sus Superiores o tenía gestos inapropiados en sus labores.

En definitiva concluyó que se había desconocido su buen desempeño profesional cuando fue calificada por el Ejercicio 2018, circunstancia que debía revisarse.

6. En el orden 13, la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de origen, al remitirle las actuaciones a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, le requirió que *...informe en que instancia debe ser resuelto este recurso*.

7.1. En el orden 18 intervino la Dirección de Dictámenes y Asuntos Contenciosos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esa Cartera de Estado considerando que la recurrente se había limitado a introducir observaciones de naturaleza subjetiva, que no permitían *...advertir irregularidad alguna susceptible de desvirtuar la presunción de legitimidad de que se encuentra investida la actividad administrativa...*, citando el artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA).

Destacó, sobre el Formulario de Evaluación, que no surgía que los veedores gremiales le

hubieran efectuado alguna observación, al momento de su confección, por lo que la objeción efectuada por ATE, en la etapa de revisión, devenía extemporánea y citó al respecto el Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público (ONEP) N.º 2044/06.

Precisó que las observaciones y extremos argumentados por la agente no se encontraban acreditados en los actuados, quitándoles así pertinencia y suficiencia para ser tenidos en cuenta en la etapa recursiva.

En cuanto a la consulta efectuada por el área de Recursos Humanos del entonces Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología en el orden 13, señaló que la (ex) Secretaría de la Función Pública tiene dicho que *...la evaluación de desempeño del agente, en tanto acto administrativo, constituye la expresión de voluntad de la Administración (Dictamen DNSC N° 2769/97).*

Por ende, concluyó que toda vez que tanto la aprobación del Comité de Evaluación en el orden 6, como el Acta del orden 9 por la que se resolvió la reconsideración deducida por la agente, se encontraban suscriptas por el ex Ministro de la Jurisdicción, correspondía aplicar la última parte del segundo párrafo del artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017*; y que debía rechazarse el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por la agente.

7.2. En el orden 21, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología dio por reproducido *brevitatis causae* el dictamen precedente sin objeciones legales que formular.

8.1. En el orden 28, obra un proyecto de Resolución a ser suscripto por el Ministro de Educación que resuelve rechazar el recurso jerárquico deducido en subsidio del de reconsideración por la señora Baptista Barroeta.

8.2. En el orden 33, se encuentra agregado el dictamen conjunto de la Dirección de Dictámenes y Asuntos Contenciosos y de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación, por el cual solicitan reelaborar el acto proyectado al considerar que el recurso jerárquico debía ser resuelto por el titular del Poder Ejecutivo Nacional, dada la intervención del entonces Ministro del área en el Comité de Evaluación.

9. En el orden 53, se agregó el Proyecto de Decreto modificado.

10.1. En el orden 57, se remitió la iniciativa –subsanaada- a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

10.2. En el orden 60, la Dirección de Servicio Técnico de esa Secretaría reencauzó el trámite y solicitó la intervención, según su respectiva competencia, de la Secretaría de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

11. En el orden 63, se anexó un Informe Técnico de la Oficina Nacional de Empleo Público de la Jefatura de Gabinete del 24 de noviembre de 2020.

En relación con el proceso de evaluación, según los lineamientos del artículo 68 del mencionado Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial y las constancias obrantes de estas actuaciones, señaló que la evaluación de desempeño resultó extemporánea porque fue efectuada después

del período establecido para su finalización, fijado en el 31 de marzo del año siguiente al período evaluado, y que tampoco se verificó el cumplimiento de los plazos de cierre y notificación de las evaluaciones por parte de la dependencia en la que prestaba servicios la agente, por cuanto fue notificada recién el 23 de septiembre de 2019.

En cuanto a la evaluación en sí, destacó que la agente fue evaluada mediante el Formulario de Evaluación de Desempeño, Nivel 6 Operativo, sin Personal a cargo que era el correcto para sus labores; que había sido suscripto por su Superior inmediato responsable de la evaluación, el Jefe de Despacho de la Unidad Ministro, como lo establece el artículo 3.º de la Resolución de la (ex) Secretaría de la Función Pública N.º 21/93 (B.O. 23-9-93), sus modificatorias y complementarias (en adelante, la *Resolución –ex- SFP N.º 21/93*) y aprobado por el Comité de Evaluación, cuyos integrantes suscribieron al pie, entre los que se encontraba el ex Ministro de la Jurisdicción y los veedores gremiales de las entidades signatarias del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del SINEP.

12. En el orden 66 obra el dictamen conjunto de la Dirección de Interpretación y Asistencia Normativa y la mencionada Oficina Nacional de Empleo Público, ambas de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en el que consideraron que el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por la impugnante merecía ser rechazado.

13. En el orden 69, la Dirección General de Despacho y Decretos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación consideró que:

a) No se encontraba acreditada la Unidad de Evaluación de la recurrente correspondiente al año cuya evaluación cuestionaba, debiendo acompañarse las certificaciones pertinentes.

b) Debía acompañarse el acto administrativo por el que se dio inicio al proceso de evaluación de desempeño impugnado por la causante.

c) Debía aclararse en qué calidad había sido firmada el Acta obrante en el orden 9 por el entonces titular de la Cartera de origen, como así también señalar el motivo de su firma en el Formulario de Evaluación de Desempeño de la causante.

d) No se había expedido el Comité de Evaluación o Autoridad Interviniente, según hubiera correspondido, respecto de la mejora de fundamentos efectuada por la recurrente, por cuanto *...sólo ha hecho referencia sobre los mismos el servicio jurídico del organismo de revista de la causante, unidad en la que no habría prestado servicios la nombrada.*

e) Debía evaluarse el rango normativo del proyecto sometido a su análisis *...ya que de haber intervenido el titular del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y CIENCIA Y TECNOLOGÍA, como Autoridad Interviniente del Proceso de Evaluación de Desempeño al resolver el recurso de reconsideración no lo hizo como titular del Ministerio, sino como Evaluador directo de la causante, por lo que deberá estarse a lo que señale la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esta SLyT, respecto de quien resulta competente para la resolución del recurso jerárquico aquí interpuesto.*

f) El área de Recursos Humanos del organismo de origen, debía acompañar una certificación actualizada de la situación de revista de la agente involucrada.

14. En el orden 74, la mencionada Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría

Legal y Técnica de Presidencia de la Nación emitió su opinión refiriéndose, en primer lugar, a las observaciones precedentes de orden técnico-formal cuyos términos compartió.

En lo atinente a la procedencia formal del remedio procesal incoado y recordando al artículo 84 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 (RLNPA), concluyó que no cabían dudas respecto a que el acto de evaluación era pasible de ser cuestionado por la vía recursiva intentada y que la interposición del medio impugnatorio había respetado el plazo de diez días prescripto por la última parte del citado artículo 84.

Sobre la vía jerárquica advirtió, preliminarmente, que por medio del Acta obrante en el orden 9, el recurso de reconsideración había sido resuelto *...por quien habría actuado en la instancia procesal oportuna como Comité Evaluador, que conforme se expusiera precedentemente, se encontraba integrado –entre otros- por el entonces Ministro de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, que –según lo que allí se visualiza- actuaba en su calidad de autoridad interviniente.*

Agregó que, con carácter previo a determinar si era posible admitir formalmente la revisión jerárquica del asunto por parte del titular del Poder Ejecutivo Nacional, según el segundo párrafo del artículo 90 del precitado Reglamento, como se le había requerido, le resultaba imprescindible contar con determinados antecedentes.

En particular, al igual que la instancia preopinante, requirió que se agregaran a los actuados el acto administrativo a través del cual se procedió, oportunamente, a la designación de los miembros del Comité Evaluador, así como la certificación de la situación de revista de la agente involucrada.

Por otra parte, estimó que, dada la ampliación de fundamentos efectuada por la recurrente el 24 de octubre de 2019 (v. orden 12), una vez que fue notificada del rechazo del recurso de reconsideración interpuesto, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 5.º del Anexo I de la mencionada Resolución (ex) SFP N.º 21/93, que enumera entre las funciones asignadas al Comité de Evaluación *...resolver los pedidos de revisión*, correspondía que éste se pronunciara nuevamente con relación a dicha ampliación de fundamentos del recurso interpuesto.

15.1. En el orden 83, la Dirección General de Recursos Humanos de la jurisdicción de origen, adjuntó la certificación de la situación de revista de la recurrente, de la que surge que ingresó a desempeñar tareas en la Unidad Ministro el 1.º de agosto de 2014 y que se encuentra en un Nivel F, Grado 1, del Agrupamiento General del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del SINEP.

15.2. Asimismo, en el orden 87, al devolver las actuaciones a la preopinante Secretaría Legal y Técnica, manifestó que:

a) Conforme al artículo 3.º del Anexo I de la Resolución (ex) SFP N.º 21/93, el entonces Ministro de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, había actuado en calidad de autoridad interviniente, puesto que la Unidad Administrativa que lo asistía, donde laboraba la recurrente, dependía directamente de él.

b) La Oficina Nacional de Empleo Público, a través de su Dictamen ONEP N.º 1109/06, tiene dicho que el anterior Sistema Nacional de la Profesión Administrativa –SINAPA- aprobado por el Decreto N.º 993/91 (B.O. 28-6-91), delegó en la ex Secretaría de la Función Pública el dictado de la norma que establece la composición de los respectivos Comités de Selección, que es la

mencionada Resolución (ex) SFP N.º 21/93 y complementarias, vigente en la cuestión.

Por lo tanto, a su entender, debido a que la referida norma de carácter general especifica los funcionarios que deben integrar los Comités de Evaluación, no es necesario que ante cada nuevo proceso de Evaluación de Desempeño deba dictarse una nueva Resolución que lo determine en cada jurisdicción.

c) Sobre la observación planteada acerca de la ampliación de fundamentos por parte del Comité de Evaluación, debido al cambio de gestión y de autoridades en el Ministerio, no existía la posibilidad fáctica de que los entonces integrantes del Comité actuante pudieran brindar mayores precisiones sobre lo acontecido.

16.1. En el orden 92 emitió su dictamen la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación. En el mismo se destacó la explicación que había aportado el área de recursos humanos del Ministerio de Educación acerca de por qué el ex titular de esa Cartera había actuado como autoridad interviniente en el proceso de evaluación integrando el Comité de Evaluación. Asimismo se consideró que la ONEP, en su intervención conjunta del orden 66, no había opuesto objeción alguna al trámite seguido sobre el particular.

Consideró, en definitiva, que procedía la admisión formal de la revisión jerárquica por el Poder Ejecutivo Nacional, por aplicación del segundo párrafo del artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017*.

Arguyó que resultaba claro que no le correspondía al titular de la cartera involucrada resolver un recurso deducido contra su propio acto, sino al Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que aquélla es un Ministerio que depende jerárquicamente de este último.

16.2. En relación con la observación que había planteado sobre la falta de pronunciamiento del referido Comité respecto a la ampliación de fundamentos del recurso interpuesto, valoró la expresa constancia ofrecida por el área de recursos humanos preopinante y añadió que, sin perjuicio de ello, cabía mencionar que la Dirección de Dictámenes y Asuntos Contenciosos del entonces Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología se había expedido oportunamente sobre esa presentación, según los términos de su dictamen, opinión que reseñó y compartió con citas de doctrina de este Organismo Asesor (v. orden 18).

16.3. De igual modo resaltó las intervenciones efectuadas en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros de los órdenes 63 y 66, en consonancia con el criterio de que correspondía rechazar el recurso jerárquico subsidiariamente interpuesto.

16.4. Estimó, en cuanto al proceso de evaluación, que *...las Jurisdicciones deberían ajustar la integración de los Comité de Evaluación del personal a las pautas que establece el ya aludido artículo 4º de la Resolución ex SFP Nº 21/93, procurándose la elucidación de cuestiones como la sub examine dentro del propio ámbito, en razón del mayor conocimiento que sus autoridades pueden tener de los hechos controvertidos.*

16.5. Por último, en referencia al encuadre legal de la medida proyectada, manifestó que *El Poder Ejecutivo Nacional se halla facultado para su dictado, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 99 inciso 1.º de la Constitución Nacional y artículo 90 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72 - T.O 2017; debiéndose reformular el considerando de encuadre legal en tal sentido”.*

17. En el orden 95, tomó intervención la Dirección General de Despacho y Decretos de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación y remitió las actuaciones a esta Instancia Asesora.

18. En este estado corresponde emitir opinión.

-II-
ANÁLISIS

1. Examinadas las actuaciones, comparto las conclusiones a las que arribaron las instancias preopinantes, en el sentido de propiciar el rechazo del recurso jerárquico en trámite.

2.1. A la luz de las constancias obrantes en los órdenes 69 y 74, corresponde formular las siguientes consideraciones sobre el cauce procedimental de la impugnación que nos ocupa.

2.2. En efecto, en relación con la ampliación de fundamentos realizada por la agente Baptista Barroeta (v. orden 12) respecto del recurso de reconsideración, con jerárquico en subsidio, que interpuso (v. orden 2) contra la calificación *BUENO* que mereció su Evaluación de Desempeño correspondiente al período 2018 (v. orden 6), en el dictamen conjunto de la Dirección de Interpretación y Asistencia Normativa y la Oficina Nacional de Empleo Público se señaló, como una observación a cumplir, que no se había expedido el Comité de Evaluación respecto de esa mejora, por cuanto *...sólo ha hecho referencia sobre los mismos el servicio jurídico del organismo de revista de la causante, unidad en la que no habría prestado servicios la nombrada* (v. orden 69).

Por su parte, en el orden 74, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, citando el inciso e) del artículo 5.º del Anexo I a la aludida Resolución (ex) SFP N.º 21/93 que enumera las funciones asignadas al Comité, requirió que *En virtud de las competencias específicas del Comité de Evaluación, deberá pronunciarse con relación a la ampliación de fundamentos del recurso interpuesto previo a que esta Dirección General se expida nuevamente sobre la cuestión.*

Cabe acotar aquí que la ampliación de fundamentos efectuada por la agente se refirió, únicamente, a la calificación del ejercicio 2018 impugnado.

2.3. A fin de esclarecer este tema, es preciso en primer término efectuar un repaso de la normativa en juego.

2.3.1. La Resolución (ex) SFP N.º 21/93 y sus modificatorias dictada para el SINAPA (en particular, el Título IV del Anexo I) reguló la Evaluación de Desempeño de los agentes que integraban la carrera administrativa bajo ese Escalafón.

2.3.2. A su vez, por el artículo 120 del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el Personal del SINEP -que lo reemplazó- se establece que *Hasta tanto se establezcan los nuevos regímenes de capacitación y evaluación de desempeño, son aplicables al personal los vigentes al momento de homologación del presente convenio*; por ello, el proceso de Evaluación de Desempeño, se lleva a cabo siguiendo las disposiciones de la Resolución (ex) SFP N.º 21/93, complementando las previsiones que en la materia, prevé el propio Convenio Colectivo de

Trabajo (v. arts. 67 a 77 ter del Cap. VI - DEL SISTEMA DE EVALUACION DE DESEMPEÑO LABORAL).

2.3.3. La Resolución (ex) SFP N.º 21/93, en el aludido artículo 5.º de su Anexo I, entre otras facultades del Comité de Evaluación señala: ...c) **Ratificar las evaluaciones realizadas por los superiores inmediatos de los evaluados en los casos en que corresponda, y devolver los formularios a aquellos que no hayan respetado las pautas...**;

(...) d) **Rectificar los casos debidamente justificados.**

e) **Analizar y resolver los pedidos de revisión.** (Los destaques me pertenecen).

Previamente, en este proceso de evaluación, en la norma en cita se establece que el Superior inmediato de cada agente a evaluar es quien completará los correspondientes Formularios, aplicando las pautas previstas y los cupos fijados para cada calificación (v. art. 3.º).

Sobre el Comité de Evaluación establece que se conformará a nivel de Dirección Nacional, General o equivalente, y estará integrado por su titular, más un mínimo de dos y hasta un máximo de cuatro funcionarios de jerarquía inmediata inferior garantizando la participación de los Superiores inmediatos de cada evaluado de esa Unidad de Evaluación, en el momento en que el Comité resuelva las evaluaciones (v. art. 4.º).

También, ese artículo 4.º añade que **El Comité de las Unidades de Evaluación conformadas por el personal que dependa directamente de Autoridades Políticas de una misma Unidad de Análisis, se integrará con dichas Autoridades** (el destaque me pertenece). Esta circunstancia aconteció en este caso, por cuanto el ex titular de la cartera de Estado de origen conformó ese Comité para la evaluación del personal que, como la recurrente, le dependía en forma directa.

2.3.4. Con posterioridad al dictado de la Resolución precedente, el Decreto N.º 722/96 (B.O. 8-7-96 y su modificatorio Decreto N.º 1155/97, B.O. 11-1-97) dispuso que en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada solo serían de aplicación los procedimientos establecidos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y por el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72 entonces vigente, texto que hoy se encuentra ordenado por el Decreto N.º 894/2017, B.O. 2-11-2017 (v. su art. 1.º).

El artículo 1.º del referido Decreto N.º 722/96 establece que continuará en vigencia la norma especial que disponga, y solo con relación a ello, el cumplimiento de requisitos previos a la interposición del recurso administrativo de que se trate; la suspensión de los efectos del acto administrativo que se haya recurrido y la existencia de un recurso judicial directo. Resulta claro que ninguna de estas cuestiones es aplicable al caso en análisis.

A su vez, el artículo 2.º (en su redacción actualizada por el Dto. N.º 1155/97) dispone que continuarán en vigencia los procedimientos administrativos especiales que regulen determinadas materias (Administración Federal de Ingresos Públicos, Minería, Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia, etc.), entre las que tampoco se encuentra el Régimen de Evaluación de Desempeño del Personal de la Administración Pública.

Por último, el artículo 4.º deroga *...toda otra norma que establezca procedimientos administrativos especiales para la ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL centralizada o descentralizada con las limitaciones establecidas en el artículo 1º y las excepciones previstas en el artículo 2º del presente Decreto.*

2.3.5. Por su parte, el artículo 77 del régimen establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo

Sectorial del Personal del SINEP, dice que *El personal será notificado de la calificación final obtenida dentro del mes siguiente a la finalización del proceso de evaluación de desempeño. En caso de disconformidad, podrá interponer contra la calificación notificada, los recursos administrativos pertinentes conforme lo normado en el Reglamento de Procedimientos Administrativos...* (el destaque me pertenece).

2.4. En atención a la normativa expuesta corresponde aclarar que, cuando un agente comprendido en el régimen del SINEP impugna su calificación con fundamento en el artículo 84 del RLNPA habilita la intervención del Comité de Evaluación, respecto de la calificación asignada por su evaluador directo (v. inc. c) del art. 5.º del Anexo I a la Res. –ex– SFP N.º 21/93).

En materia de Procesos de Selección, esta Procuración del Tesoro ha dicho que *...el régimen especial de impugnación de los actos preparatorios y definitivos, que se producen durante la sustanciación del proceso de selección para la cobertura de cargos regulado por el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, ha perdido vigencia por imperio de lo prescripto en el recordado Decreto N.º 722/96 y modificatorio. Así ...deben aplicarse las previsiones de la Ley de Procedimientos Administrativos y de su Reglamento de Procedimientos Administrativos...* (Dictámenes 262:383). Criterio este último que cabe trasladar al régimen de impugnación de las evaluaciones de desempeño del personal.

3. Establecida la normativa recursiva aplicable y en relación con el fondo del asunto, resulta válido recordar que, en determinadas ocasiones, el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración la facultad de elegir entre dos o más soluciones igualmente válidas, brindándole un margen de libertad de acción para que pueda adoptar discrecionalmente la decisión más idónea para la satisfacción del interés público.

En el proceso de Evaluación de Desempeño, el ejercicio de la de la atribución de asignarle un determinado puntaje y una calificación a un agente, en base a determinados *Factores* o pautas de valoración de su trabajo, durante un lapso anual, ya sea por parte del Evaluador directo o del Comité de Evaluación, será pasible de merecer reproche si es ejercida en forma arbitraria es decir si no refleja la razonabilidad exigida a todo acto administrativo (Fallos 298: 233, entre otros).

La Resolución (ex) SFP N.º 21/93 asegura el respeto a dicha regla jurídica inespecífica a la cual debe sujetarse la Administración al decir que *Los superiores inmediatos de los agentes a evaluar, los integrantes de los comités de evaluación y las autoridades intervinientes son personalmente responsables de la imparcialidad y objetividad en la aplicación de las normas que les compete aplicar en el proceso de evaluación* (art. 7.º).

4.1. Puede decirse que la discrecionalidad administrativa es *“una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”* (v. SCHDMITT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, traducción española, pág. 221).

En ese sentido se distingue a la actividad reglada que sería aquélla predeterminada por la norma jurídica, de resultas de la cual la actuación del órgano está establecida para el caso concreto (v. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot,

Buenos Aires, 3° edición, tomo II, págs. 99-102, entre otros).

No obstante, tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciados, sino actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y viceversa (v. Fallos 315:1361).

La interpretación de nuestro máximo Tribunal permite colegir que lo que existen son actos más o menos reglados y actos más o menos discrecionales o, dicho en otros términos, el poder discrecional admite graduaciones según que la norma deje librada al criterio volitivo de la Administración la determinación de un mayor o menor número de elementos del acto. Así, la norma jurídica puede conferir al órgano administrativo la facultad de determinar con libertad o arbitrio, el supuesto de hecho o antecedente normativo, optar por la posibilidad de actuar o no actuar o, como en el presente caso, de fijar el contenido del acto (o consecuente) dentro de los límites de la juridicidad (v. Comadira, Julio R., "La actividad discrecional de la Administración. Justa medida del control judicial", ED, tomo 186, pág. 600).

En el citado caso de Fallos 315:1361 la Corte Suprema expuso también que *...el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto.*

Tengo para mí que la atribución de la Administración de evaluar el desempeño laboral de sus agentes para cuyo ejercicio debe asignar puntajes en los distintos *Factores* que contemplan los Formularios previstos a tales fines, en la Resolución (ex) SFP N.º 21/93, es en parte reglada y en parte discrecional.

En tal sentido es posible analizar el acto evaluatorio en ambos aspectos.

4.2. Pues bien, en la especie, no advierto vicios en ninguno de los elementos reglados del acto, y, en particular, en cuanto al elemento *procedimiento*, observo se ha respetado dicho cauce formal al tiempo de calificar a la agente Baptista Barroeta. Iter que, por otra parte, aparece regulado para evaluar el desempeño laboral de los agentes en la Resolución (ex) SFP N.º 21/93 al que la conducta estatal se ha ceñido.

4.3. Sentado que no se aprecia que la actuación del evaluador resulte violatoria de los elementos reglados, corresponde efectuar otro análisis -complementario de este último, de estricta legalidad-, el cual tiene sus raíces en el principio de juridicidad.

Como se ha señalado, el control de la discrecionalidad supone no sólo el ya aludido, que recae sobre los elementos reglados, sino también el de los hechos determinantes (que en nuestro derecho integran el elemento *causa*, art. 7.º, inc. b) de la LNPA) y finalmente el de los Principios Generales de Derecho (v. García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, págs. 24 y ss, Civitas, Madrid, 3.º edición, 1983).

Estos Principios Generales de Derecho se presentan como límites exteriores, o como un bloque elástico e inespecífico de reglas, más nunca como determinantes exclusivos del contenido que ha de darse a la facultad discrecional (v. Sesín, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, pág. 164, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2.º edición, 2004) integrando ese elenco, entre otros, la buena fe, el debido proceso legal, la garantía de razonabilidad o prohibición de arbitrariedad, el tratamiento igualitario y la adecuación de medio a fin (v. Gordillo, Agustín en sus comentarios a la obra de Nieto,

Alejandro, *Las limitaciones al conocimiento jurídico*, págs. 83 y ss., Trotta, Madrid, 2003).

En ese orden, cabe destacar que la Resolución (ex) SFP N.º 21/93, ha dejado deferida al órgano la posibilidad de graduación de puntaje, dentro de cada *Factor*, según su prudente criterio.

Ello se traduce en el ejercicio de discrecionalidad en la determinación del contenido u objeto del acto (art. 7.º, inc. c) de la LNPA).

En la especie no resulta constatable que los apuntados límites externos hayan sido horadados por el evaluador: la calificación asignada a la recurrente es razonable sencillamente porque es adecuada al fin perseguido de evaluar al personal y no incurre en arbitrariedad.

4.4. Por otra parte los medios empleados son proporcionados en tanto conducentes a ese fin y el acto no incurre en un trato desigualitario o discriminatorio.

Vale decir que el proceso de Evaluación de Desempeño de la señora Baptista Barroeta, en su faz discrecional, sólo podría merecer reproche -estimatorio de la impugnación deducida- si se hubiese acreditado su arbitrariedad y desproporción, o si se hubiese comprobado un tratamiento desigual o una descalificación o sanción encubierta al agente.

Se trata, en definitiva, de verificar la presencia de la razonabilidad exigida a todo acto administrativo con componentes de discrecionalidad, como condición de validez.

5. En ese orden de ideas, aprecio que la recurrente no ha logrado desvirtuar la validez de lo actuado debido a que, sus meras discrepancias con la calificación que obtuvo no logran tachar la razonabilidad del procedimiento de evaluación.

Como sostiene nuestra Corte Suprema (Fallos, 298:223) *...es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades (discrecionales) el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado...*

Esta Procuración del Tesoro tiene dicho que *...ninguna facultad de los organismos administrativos es absolutamente reglada o discrecional, el Comité de Evaluación ejerció sus facultades discrecionales (...) dentro de las exigencias de lo normativa que rige el sistema de evaluación establecido...*

(...) en materia de evaluaciones la Administración tiene en principio facultades discrecionales que de ninguna manera pueden ser ejercida en forma arbitraria, y ese ejercicio debe cumplir con el requisito constitucional de la razonabilidad, el que comprende la necesaria fundamentación de los actos administrativos.

(...) lo atinente a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes personales de los agentes, no es materia justiciable en tanto las medidas adoptadas por la Administración Pública a su respecto, no impliquen una sanción disciplinaria o una descalificación del agente.

(...) en el ejercicio de esas facultades debe reconocérsele a la Administración Pública una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores y reglamentaciones en juego (Dictámenes 244:802).

En igual sentido se ha dicho que *...lo atinente a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes personales de los agentes no es materia justiciable en tanto las medidas adoptadas por la Administración Pública a su respecto no impliquen una sanción disciplinaria o una descalificación del agente (Dictámenes 231:338).*

Los hechos reseñados en los actuados dan cuenta de que se arbitraron los pasos que indica la

regulación mencionada, con la debida imparcialidad y objetividad para calificar a la recurrente y para su aprobación por parte del Comité Evaluador (v. orden 6); y revelan, ante el recurso de reconsideración interpuesto, que la evaluación fue analizada, revisada y vuelta a ratificar mediante el Acta obrante en el orden 9, celebrada por el Comité competente.

Estas razones llevan a considerar que la Administración ajustó su cometido a la normativa vigente y que la potestad de evaluar fue ejercida en forma razonable, por lo que el acto proyectado rechazando el recurso jerárquico, sometido a consideración de esta Procuración del Tesoro, en virtud del artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72. T.O. 2017*, es procedente.

6.1. En relación con la medida proyectada en ese sentido, cabe señalar que se comparte el criterio de las instancias preopinantes acerca de que corresponde, en estos actuados, el dictado de un decreto del Poder Ejecutivo, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72. T.O. 2017*, debido a que el ex titular del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, integró el Comité de Evaluación (conforme al art. 4.º *in fine* de la Res. –ex SFP N.º 21/93), ratificando la evaluación puesta por el evaluador directo a la recurrente, en el apartado *Aprobación del Comité* del Formulario obrante en el orden 6; y luego, intervino en el mismo Comité, ya como órgano de reconsideración (v. art. 84 del RLNPA) decidiendo mantener la calificación de *BUENO* asignada a la agente Baptista Barroeta, mediante el Acta obrante en el orden 9.

Por tanto, se presenta en los hechos la actuación del entonces Ministro de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, por un lado como órgano emisor del acto, y por el otro, como órgano que lo reconsideró y ratificó su criterio, cumpliendo, además, a la par el rol de Autoridad de la jurisdicción donde actuó el referido órgano emisor (v. art. 90 del RLNPA).

6.2. En relación con los requisitos esenciales del acto administrativo, este Organismo Asesor sostuvo que *...la motivación, como elemento del acto administrativo, queda exteriorizada de una manera concreta y precisa existiendo tanto una relación efectiva entre la causa y la medida adoptada, como entre la situación de hecho antecedente y esa decisión* (Dictámenes 248:64).

La motivación del acto administrativo adquiere especial relevancia en los casos en que la Administración ejerce su potestad discrecional.

Es por ello que esta Casa ha opinado que *Los actos que constituyen el ejercicio de facultades discrecionales deben encuadrarse dentro de los límites propios de las atribuciones de esa naturaleza. Por ello, y a su respecto, se exige con mayor rigor que con relación a otros, el cumplimiento de la motivación, como requisito esencial del todo acto administrativo* (Dictámenes 264:31).

En tal sentido considero que el Proyecto de Decreto en estudio se encuentra adecuadamente motivado y guarda estrecha relación con los antecedentes obrantes en los actuados.

6.3. Como corolario, en cuanto al encuadre legal que indica que le corresponde al señor Presidente de la Nación dictar el acto administrativo definitivo y resolver el recurso jerárquico en curso, en virtud de citado artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72. T.O. 2017*, opino, al igual que el servicio jurídico permanente de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (v. orden 74), que se debe completar la cita de la normativa aplicable en orden a las facultades del Poder Ejecutivo con la mención

del artículo 99, inciso 1 de la Constitución de la Nación Argentina.

-III-
CONCLUSIÓN

Con la opinión precedente, corresponde continuar con la tramitación de las presentes actuaciones devolviendo los actuados al Ministerio de Educación, en virtud de lo señalado en el punto 6.3. del capítulo II del presente asesoramiento.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09 de febrero de 2022.

Y VISTO el expediente individualizado en el epígrafe de cuyas constancias,

RESULTA:

I. El 13 de diciembre del 2021¹ se presentó la **Asociación Civil y Vecinal S.O.S Caballito por una mejor calidad de vida** por medio de su presidente el Sr. Mario Jorge Oybin conjuntamente con el patrocinio letrado de la Dra. Nadia Mileva Solodkow e interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -en adelante, GCBA- cuyo objeto consiste en que se “*declare la nulidad del llamado a la Licitación Pública N° 7162-0019LPU21, proyecto `Parque Lineal-Honorio Pueyrredón` efectuada por el Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana, y de todo lo actuado en la misma, por resultar violatoria a preceptos constitucionales y legales en materia ambiental, planificación urbana y democracia participativa, causando un daño irreparable al ambiente*” (v. página 1).

Al mismo tiempo peticionó como medida cautelar que “*...se suspenda la ejecución del proyecto `PARQUE LINEAL –HONORIO PUEYRREDÓN` preadjudicado mediante acta N° 13/21 (...)*” (v. página 35) y como medida precautelar que “[a]tento la proximidad de la feria judicial y atento que las obras comenzarán en el mes de enero de 2022. Solicito de forma precautelar la suspensión de los trabajos constructivos de forma previa al dictado de la medida cautelar que aquí se solicita” (v. página 38).

En el punto II de su escrito de inicio argumentó sobre la legitimación activa de dicha institución para luego abordar el sustento fáctico de su pretensión. De este modo relató que el 25/10/2021 el GCBA llamó a una licitación pública para realizar un mega proyecto sobre la Av. Honorio Pueyrredón entre las calles Neuquén y Ampere (sentido sur-norte)², por lo que la mano oeste sería completamente eliminada de dicha avenida,

¹ v. Actuación ingresada a través del Portal del Litigante n° 2856184/2021. Se deja constancia que en primer lugar el presente proceso resultó sorteado el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n° 3 Secretaría n° 5 (v. actuación n° 2856641/2021). El 13/12/2021 la Secretaría General del fuero procedió a anotar la causa en el Registro de Procesos Colectivos (v. actuación n° 2858256/2021). El 13/12/2021 el Sr. Juez subrogante Dr. Martín Miguel Conersset resolvió que “[a]tento a que de lo allí consignado surge con claridad la inexistencia de una doble iniciación con respecto al incidente 113146/2021-1 (conforme lo enunciado por la Secretaría General del fuero en la actuación 2856641/2021), ni en relación con el expediente principal 113146/2021-0, devuélvase la presente causa a Secretaría General a los fines de su correspondiente resorteo” (v. actuación n° 2862715/2021). El 14/12/2021 se recibieron las actuaciones en el juzgado a mi cargo (v. actuación n° 2871482/2021).

² Asimismo, la parte actora transcribió lo que surge del **Pliego de Bases y Condiciones Particulares (PLIEG-2021-24070295-GCABA-DGRU) en el artículo 8.2.1 Disposiciones Generales, artículo 2.1.1 Objeto**: “*El proyecto tiene como objetivo, la reconfiguración de la avenida Honorio Pueyrredón. Este nuevo parque lineal permitirá incorporar una*

redirigiendo el tránsito a las calles paralelas Hidalgo, Rojas y Av. Acoyte. También refirió que el 17/11/2021 la obra fue preadjudicada a la empresa MIAVASA S.A.

En cuanto al proyecto en cuestión -tomando como punto de partida las imágenes publicadas por el propio GCBA al publicitar el proyecto- la parte actora sostuvo que el llamado “Parque Lineal Honorio Pueyrredón” no sería un “...espacio verde sino [un] espacio público con la mayor parte de su superficie embaldosada o cementada y con profusión de canteros y macetones. Por lo tanto, el mal llamado espacio verde carecerá de suelo absorbente, requisito necesario para que un espacio pueda denominarse de esa forma” (v. página 4).

Adicionó que el GCBA “eludi[ó] sistemáticamente habilitar instancias de participación ciudadana PREVIAS a la toma de decisiones. Coherentemente con esto, ante semejante proyecto no se ha habilitado en la Comuna ningún canal de participación por parte del Poder Ejecutivo o de la Junta Comunal. Tal es así, que en el mes de septiembre de 2021 ya se comenzaba a publicitar en los medios de comunicación el proyecto, sin siquiera haber llamado previamente a licitación pública, la cual fue abierta recién en el día 25/10/2021. Esta práctica va en contra de cualquier forma de ‘democracia participativa’ consagrada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires” (v. página 4).

En relación al efecto ambiental expuso que el proyecto en cuestión nada preveía en relación al tránsito. Al respecto entendió que el GCBA asumía que derivar el tránsito por las calles paralelas a la Av. Honorio Pueyrredón carecería de importancia y que las calles donde se encausaría el tránsito que no podría circular por dicha avenida serían Rojas, Hidalgo y la Av. Acoyte. Sobre esta cuestión realizó una serie de precisiones a páginas 4/6 y destacó que “...la obra lejos de ser positiva, impactará fuertemente en desmedro de la calidad ambiental, la que se degradará aún más en las vías secundarias y la avenida por donde

nueva superficie verde, peatonal y recreativa; mejorando las condiciones ambientales del entorno y ampliando la oferta de espacio público. La mano oeste se transformará, generando un espacio verde continuo en los dos carriles más próximos al boulevard y una calle de convivencia de acceso para frentistas en el carril más próximo a la vereda. Esta calle de convivencia correrá en sentido sur-norte entre las calles Neuquén y Ampere; y sentido norte-sur entre la Av. San Martín y la calle Ampere. En las intersecciones se propone nivelar las bocacalles de esta mano para generar una continuidad peatonal entre las distintas cuadras del nuevo parque y la calle de convivencia. La mano Este se propone mantenga el sentido de circulación actual sur-norte, dos carriles de circulación y el carril de operaciones que funciona hoy en día. En las esquinas se proponen bulbos en las paradas de colectivo y orejas, en los casos en los que es vialmente posible, para acortar las distancias de cruce peatonal, haciéndolos más seguros. El parque lineal contempla la ejecución de patios de juegos y sectores de uso recreativo distribuidos a lo largo del corredor siguiendo las recomendaciones surgidas a través de procesos de participación ciudadana. A todo evento, se aclara que la intervención se realizará sobre la base del Proyecto expresado en el Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares, con los alcances y limitaciones determinados por el mismo, sin perjuicio de las modificaciones de proyecto que eventual y excepcionalmente autorice la autoridad de aplicación.” Asimismo, de las —Especificaciones Técnicas Particulares surge en su art. 4.0.2 que: “La intervención proyectada se propone la reconfiguración de la avenida Honorio Pueyrredón generando un parque lineal que vincule la plazuela del Cid Campeador y la plaza 24 de septiembre al norte con la plaza Giordano Bruno al sur. Este nuevo parque lineal permitirá incorporar nueva superficie verde, peatonal y recreativa; mejorando las condiciones ambientales del entorno y ampliando la oferta de espacio público. La mano oeste se transformará, generando un espacio verde continuo en los dos carriles más próximos al boulevard y una calle de convivencia de acceso para frentistas en el carril más próximo a la vereda. Esta calle de convivencia correrá en sentido sur-norte entre las calles Neuquén y Ampere; y sentido norte-sur entre la Av. San Martín y la calle Ampere. En las intersecciones se propone nivelar las bocacalles de esta mano para generar una continuidad peatonal entre las distintas cuadras del nuevo parque y la calle de convivencia. La mano Este se propone mantenga el sentido de circulación actual sur-norte, dos carriles de circulación y el carril de operaciones que funciona hoy en día. En las esquinas se proponen bulbos en las paradas de colectivo y orejas, en los casos en los que es vialmente posible, para acortar las distancias de cruce peatonal, haciéndolos más seguros. El parque lineal contempla la ejecución de patios de juegos y sectores de uso recreativo distribuidos a lo largo del corredor siguiendo las recomendaciones surgidas a través de procesos de participación ciudadana. La propuesta incluye la incorporación de alumbrado vial y peatonal, la adaptación del sistema de desagüe pluvial, plantación de nuevas especies de arbolado, áreas de paisajismo y reparaciones” (v. páginas 2/3).



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

se repartirá el tránsito particular y de transporte público impedido de circular por la traza afectada al proyecto en cuestión.// Asimismo, entendemos que el proyecto encuadrado en un medio antrópico distinto al existente actualmente en el barrio de Caballito, sería de sumo provecho para la sociedad, sin embargo el colapso en la red de tránsito y servicios de la zona es alarmante y el proyecto solo agravaría aún más la situación existente” (v. páginas 5/6).

Reiteró que “...no existe registro alguno de que esta iniciativa haya surgido a pedido de la ciudadanía o de los habitantes de la comuna” y que “[e]l GCBA recurre a embaldosar una avenida altamente transitada que solamente complicará la vida de frentistas y comerciantes de la Av. Honorio Pueyrredón, envenenando el aire de las calles aledañas que se verán sobrepasadas de autos. // Por otro lado, la problemática de la contaminación acústica se vería totalmente agravada con este proyecto (...)” (v. página 6).

*Después dedicó un apartado específico sobre la participación ciudadana (v. páginas 6/11), luego de mencionar normativa, doctrina y jurisprudencia que consideró aplicable al caso, concluyó que “[s]i bien tanto en el pliego de bases y condiciones particulares como el de especificaciones técnicas menciona de forma genérica que el proyecto seguirá **las recomendaciones surgidas a través de procesos de participación ciudadana (...)**’. Lo cierto es que no se ha dado en la práctica ninguna instancia de participación, la cual debería haberse efectuado en el marco de la ley 1777, es decir de las Junta Comunal N° 6 y el Consejo Consultivo. Sin perjuicio de ello, tampoco se ha dado ninguna otra instancia de participación por fuera de dicha norma, ni se ha abierto diálogo alguno con la ciudadanía del barrio de Caballito. // Al no brindarse ningún espacio de participación los vecinos y vecinas del barrio se han organizado en contra del proyecto, realizando ya 3 cortes en la Avenida Honorio Pueyrredón a la altura del Cid Campeador y organizando más de 5 asambleas para discutir las consecuencias ambientales del proyecto.// Las consecuencias ambientales para los vecinos resulta evidente, por ello se han organizado en contra de este nuevo ‘espacio público’ que pretende llevar adelante el GCBA. Prueba de ello, son las más de 1.500 firmas recabadas para intentar impedir el avance de la obra (...)” (el destacado luce en el original, v. página 11).*

A páginas 11/13 abordó la cuestión del Plan Urbano Ambiental y concluyó que dicho plan “NO SE ACTUALIZA HACE 13 AÑOS, un proyecto de estas características debería contar con mayor rigorismo a la hora de planificarse y ejecutarse. Ello en virtud de que no se ha dado cumplimiento con lo que establece la normativa ambiental en materia de planificación urbana” (la mayúscula obra en el original, v. página 12).

A páginas 13/15 la parte actora argumentó sobre la categorización de la obra y la celebración de una audiencia pública. Enfatizó que se trata de una obra con relevante efecto.

Luego introdujo la cuestión del procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental (v. páginas 15/19). Al respecto señaló que “[e]l proyecto en cuestión, deberá ser evaluado por el APrA desde dos perspectivas o hipótesis. Por un lado deberá evaluar el potencial efecto sobre el ambiente de la ejecución de la obra (el cual se encuentra contemplado en la Licitación Pública) y por el otro, las implicancias de la obra terminada y en funcionamiento.// Tal es así que el propio GCBA ha vulnerado la normativa al carecer de CAA [Certificado de Aptitud Ambiental] en relación al proyecto a realizarse. // Asimismo, el proyecto debió haber contado mínimamente con un dictamen de la Dirección General de Interpretación Urbanística previo al inicio del trámite para la obtención del CAA.// Por su parte, dentro del trámite del CAA debió haberse dado intervención a la Secretaría de Transporte y Obras Públicas, atento al impacto que el proyecto ocasionará al tránsito” (v. páginas 18/19) y concluyó que “... sin perjuicio de que el pliego cuya nulidad se solicita, indica que es necesaria la obtención de un CAA para efectuar la obra, nada dice en relación al CAA del proyecto en sí mismo cuando se encuentre terminado, vulnerando así la normativa ambiental vigente. El cual recordemos se ha impuesto sin ninguna instancia de participación y vulnerando la normativa ambiental en material de planificación urbana” (el destacado luce en el original, v. página 19). También amplió los fundamentos sobre el impacto acústico (v. páginas 19/23).

Finalmente fundó su pretensión en derecho, argumentó sobre la procedencia de la vía escogida (v. páginas 31/35), se explayó sobre los requisitos de la medida cautelar peticionada (v. páginas 35/38), hizo reserva de cuestiones constitucionales, ofreció prueba y con el petitório de estilo culminó su presentación.

II. Una vez recibidas las actuaciones al juzgado a mi cargo (v. actuaciones nº 2866242/2021 y nº 2871482/2021) conferí vista al Ministerio Público Fiscal.

III. El 20 de diciembre del 2021 tomó intervención la **Unidad Especializada en Litigios Complejos** (cfr. dictamen nº 62-2021 que luce en actuación nº 2935660/2021). Luego de mencionar las cuestiones aquí debatidas la Sra. Fiscal -Dra. Marcela Monti-dictaminó en sentido favorable sobre la competencia del tribunal y la vía escogida.

Asimismo consideró que “...nos encontramos frente a una pretensión que procura la protección de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, esto es, la participación ciudadana y el medio ambiente” y dado el tipo de derecho cuya tutela se persigue en la causa también dictaminó sobre la legitimación activa de la asociación civil para concluir que “...toda vez que las pretensiones objeto del proceso se podrían considerar comprendidas dentro del objeto social de la asociación actora, el tribunal podrá admitir su legitimación activa. Ello, de conformidad con el artículo 14 de la CCABA que otorga legitimación para accionar a las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos” (los resaltados surgen del original, v. páginas 12/13).

En su dictamen la Sra. Fiscal también abordó los presupuestos necesarios para el dictado de una medida cautelar: Puntualmente sobre el **requisito de verosimilitud del derecho** lo evaluó siguiendo los distintos incumplimientos normativos denunciados



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

en la demanda (esto es la falta de convocatoria a mecanismos de participación y luego a la afectación del ambiente por contaminación acústica).

Al respecto señaló que *“...de la lectura de la norma citada no surge que imperativamente, previo a la ejecución de una obra como la que motiva el presente, el Consejo Consultivo deba convocar a instancias de participación ciudadana”* y sobre el planteo de la parte actora de la falta de actualización del Plan Urbano Ambiental por el plazo de trece (13) años que *“...de la falta de revisión y actualización del PUA desde su sanción en el año 2008 de conformidad con lo exigido por el citado artículo 15 de la Ley N° 71, no se deriva que el llamado a licitación pública para la contratación de una obra pública como la del ‘Parque Lineal- Honorio Pueyrredón’ deba, bajo pena de nulidad, estar precedido por una instancia de participación ciudadana, tal como lo pretende la actora. Ello por cuanto, no existe ninguna previsión normativa que determine dicha consecuencia jurídica ante la falta de actualización del PUA”*. Al mismo tiempo respecto al postulado del frente actor de que *“...el proyecto debió considerarse como de relevante efecto (...) supuesto en el cual el procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental contempla la realización de una audiencia pública para garantizar la participación ciudadana (...)”* la Sra. Fiscalá señaló preliminarmente que el artículo 12 de la ley n° 123 dispone que *“el titular y/o responsable de una nueva actividad, proyecto, programa, emprendimiento o modificación de proyectos ya ejecutados, deberá cumplir con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, de forma previa a su ejecución u otorgamiento de habilitación o permiso de obra”*, por ello consideró que *“...en la medida en que según se desprende del relato de la demanda, todavía la obra no tiene comienzo de ejecución, ni se ha invocado el otorgamiento de una habilitación o permiso, la exigencia que se cumpla con el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (y en su caso con la audiencia pública si correspondiere), deviene prematura”*. Subsidiariamente, señaló argumentos de por qué -por el momento- no existían elementos de que la obra en cuestión encuadre en los incisos “f”, “m” y “o” del artículo 15 de la ley n° 123.

Luego analizó el requisito de verosimilitud del derecho desde el punto de vista de la alegada contaminación acústica con sustento en el informe de impacto acústico acompañado. Sobre esta cuestión la Sra. Fiscalá dictaminó que *“...dicha información [mencionada en el citado informe] no puede ser considerada a los fines de evaluar la verosimilitud en el derecho ya que resulta contradictoria con lo expresado unas líneas más arriba respecto a que una simulación por software es necesaria para determinar si el área estará aún más afectada con un incremento de la contaminación acústica”*.

Finalmente concluyó que dada la ausencia de verosimilitud en el derecho resultaba innecesario evaluar la concurrencia del peligro en la demora.

IV. Recibido el expediente, previo a todo, requerí al GCBA que acompañe digitalmente en la causa en el término de tres (3) días las actuaciones administrativas: i) Licitación Pública N° 7162- 0019LPU21; ii) EX N° 22.595.447-DGRU/21; iii) EX N° 24.382.926-GCABA-DGTALMEPHU/21; iv) PLIEG-2021-24070295-GCABA-DGRU; v) el certificado de aptitud ambiental en el caso de haberse tramitado con motivo de la obra en cuestión, así como también todo expediente o acto administrativo que tenga relación con el proyecto “Parque Lineal – Honorio Pueyrredón” o bien, con los expedientes administrativos indicados (v. actuación n° 2938518/2021).

El 27 de diciembre del 2021 se presentó el Dr. Nicolas Jorge Caballero en representación del GCBA y acompañó las actuaciones administrativas (v. actuación n° 3070160/2021).

El 28 de diciembre del 2021 se procedió a descargar las actuaciones administrativas acompañadas y a subirlas en la plataforma digital “Drive Juscaba”, las cuales pueden ser consultadas en el siguiente link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS> (v. actuación n° 3091510/2021).

V. El 28 de enero del año en curso la parte actora solicitó la habilitación de la feria judicial y petitionó el dictado de una medida precautelar (v. actuación n° 41192/2022).

Allí señaló que “...la obra de la cual se solicita la nulidad del llamado a licitación, comenzó a ejecutarse el día 24/01/2022 (...)” y que “...la empresa Miavasa S.A ha vallado la Avenida Honorio Pueyrredón para comenzar con la ejecución de la obra, la cual avanza rápidamente. Cada día que transcurre se vulneran de forma inminente derechos constitucionales como el derecho a un ambiente sano” (v. páginas 1/2 de la actuación n° 41192/2022).

Adicionó que la obra en cuestión tampoco contaba con el correspondiente cartel de obra (según las previsiones del art. 2.1 del Código de Edificación ley n° 6100).

Retomó argumentos expuestos en su escrito de inicio y luego petitionó que “[u]na vez ordenada la habilitación de la feria judicial solicito se ordene de forma precautelar la paralización de la obra hasta tanto se reanude la actividad judicial” (v. página 3).

VI. El 31 de enero del 2022 la Unidad Especializada en Litigios Complejos (dictamen n° 05/2022 obrante en actuación n° 41808/2022) tomó una nueva intervención. Luego de enunciar distintos portales con información sobre la cuestión aquí debatida, la Sra. Fiscala mencionó que “...existiría una presentación realizada por la Asociación Civil y Vecinal SOS Caballito, y que en consecuencia el Juzgado de Feria a su cargo debería resolver sobre la intención de frenar una obra en Caballito” sin embargo indicó que “...realizada la compulsión del sistema de consultas web del fuero (...) se advierte que no se encuentra vinculada ninguna presentación o actuación posterior al 29/12/2021, aunque sí es posible observar que la ubicación del expediente corresponde al Juzgado de Feria N° 3.// **Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que el presente proceso encuadra en el supuesto previsto en el artículo 10 bis inciso `b` de la Ley N° 2145, solicito se me confiera vista a fin de tomar intervención de conformidad con lo**



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

previsto por el artículo 10 ter inciso `b´ de la Ley N° 2145” (el destacado luce en su original).

En igual fecha el Juez de FERIA N° 3 –Dr. Roberto Andrés Gallardo– resolvió: “1º) *Habilitar la feria judicial.* 2º) *Conferir intervención al Ministerio Público Fiscal”* (v. actuación n° 42429/2022).

El 01 de febrero del 2022 la Unidad Especializada en Litigios Complejos (dictamen n° 7/2022) se notificó de lo resuelto con anterioridad y solicitó que una vez cumplido el traslado conferido al GCBA dispuesto el 28/12/2021 se le conceda una nueva vista (v. actuación n° 56834/2022).

En igual fecha el GCBA realizó una presentación contestando el traslado dispuesto en los términos del art. 15 de la ley n° 2145 (v. actuación n° 48091/2022).

En dicha ocasión el GCBA expuso los motivos por los cuales resultaba inconveniente el dictado de una medida cautelar. Al respecto sintetizó que “a) *Tal como surge de la documental acompañada en autos, el GCBA ha actuado siempre de acuerdo con la normativa vigente en la materia, habiéndose ceñido sus procesos y procedimientos a la ley aplicable y teniendo en cuenta el interés de la comunidad en la realización de la obra pública de que se trata.*// b) *No surge de autos elementos que permitan sostener la procedencia de la vía de amparo y menos aún del dictado de una medida cautelar como la solicitada, en razón de no verificarse acto u omisión alguna de nuestra parte que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos de raigambre constitucional (...).*//c) *El proceso licitatorio ha sido llevado a cabo legalmente y de acuerdo con la normativa que regula el mismo (...). Se cumplieron todos los requisitos legales que hacen a la validez de los actos administrativos dictados en el curso del procedimiento.*// d) *En consecuencia, en el sub lite no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado ni existe peligro en la demora, así como tampoco se afectaría el interés público, razón por la cual corresponde aseverar que no se hallaban reunidos los requisitos de admisibilidad para el dictado de una medida cautelar”* (v. páginas 2/3 de la actuación n° 48091/2022).

En específico del **requisito de verosimilitud del derecho** el GCBA sostuvo que “...lo que se planea realizar es una acción de des-pavimentación sobre un sector de la avenida. Esto implica la demolición del asfalto en los carriles próximos al boulevard hasta llegar al suelo absorbente, generando un nuevo espacio verde continuo, siguiendo la tipología de parque lineal” por lo que la alegación de la parte actora sobre que “la mayor parte de la superficie del parque será `embaldosada o cementada´ es equivocado siendo que la mayor parte del parque será superficie

vegetada y de terreno absorbente” (v. página 4). También aclaró que “[l]a superficie verde representa 9556 m² mientras que la superficie de solado caminable - esto incluye la calle de convivencia- será de 7067 m². Esta proporción es similar a la de otras plazas y espacios verdes de la ciudad, en las cuales existe superficie caminable que hace segura la circulación y uso del espacio público, garantizando la accesibilidad de todos los usuarios con movilidad reducida.// Se aclara además que no se construirán ni colocarán macetones, mucho menos canteros elevados, siendo el objetivo del proyecto generar suelo absorbente a nivel para garantizar el escurrimiento superficial del agua hacia el nuevo espacio verde”. Indicó que el proyecto contemplaba la utilización del Sistema SUDS (sistemas urbanos de drenaje sostenible) explayándose sobre en qué consiste dicho sistema (v. páginas 5/6).

Sobre el planteo de la parte actora de que “el proyecto no ha dado lugar a ninguna instancia de participación en el marco de la Ley N° 1777” el GCBA sostuvo que “... como bien lo indica el MPF `no surge que imperativamente, previo a la ejecución de una obra como la que motiva el presente, el Consejo Consultivo deba convocar a instancias de participación ciudadana´ se ha dado intervención [a la] Dirección General Participación Ciudadana y Cercanía para que implemente las herramientas de participación ciudadana que permitan conocer las opiniones, ideas y reflexiones de los ciudadanos y ciudadanas relativas a la creación del nuevo espacio verde en el barrio de Caballito , lo cual se ha efectivizado realizando instancias participativas con vecinos y asociaciones ambientales (...), así también la consulta realizada por la Dirección General Técnica Administrativa y Legal del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana y su respectiva respuesta del Presidente de la Junta Comunal 6 (...)” (v. página 6).

Asimismo indicó que realizaron tres (3) encuentros virtuales de diagnóstico e ideación -04/05/2021; 05/05/2021 y 06/05/2021- con personas adultas, niñas, niños y asociaciones ambientales. En dichos encuentros se resaltó que “...los espacios verdes revisten un gran valor ambiental para la comunidad, dado que son necesarios para el esparcimiento de las personas; mitigan las inundaciones al absorber el agua de lluvia; promueven el retorno y la recuperación de la biodiversidad nativa; potencian los servicios ecosistémicos de la ciudad; mitigan el efecto `isla de calor´ (acumulación de calor en las ciudades generado por el hormigón y demás materiales absorbentes de calor). También han sugerido plantar árboles, arbustos y herbáceas que capten las precipitaciones y minimicen la cantidad de agua que llega al suelo (...)” (v. página 7). Aclaró que las reuniones fueron destinadas a madres y padres de niños y niñas y a vecinos y vecinas en general de Caballito, sin embargo “la convocatoria estuvo abierta a la ciudadanía del 26 de abril de 2021 al 05 de mayo de 2021 en las redes sociales (...) y la web de Participación Ciudadana” (v. páginas 7/8).

Luego transcribió otras comunicaciones oficiales, en particular, una del Sr. Presidente de la Junta Comunal N° 6 (v. páginas 8/9). El GCBA también enunció otras acciones dispuestas en diversas fechas (10/12/21; 05/01/22; 11/01/22, 12/01/22, 13/01/22, 21/01/22 y 24/01/22) y concluyó que “...aún sin existir obligación legal mediante la cual el GCBA [deba] llevar a cabo una instancia participativa en el contexto del presente proyecto, en el marco de la ley N° 1777, se han realizado diversas acciones y ha habido instancias de participación suficiente” (v. página 11).

Por otra parte el GCBA abordó el planteo de la actora respecto a que el proyecto en discusión debió considerarse como “con relevante efecto” y en consecuencia la realización de una audiencia pública para la obtención del certificado de aptitud



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

ambiental. El GCBA indicó que *“...la norma expresa una presunción, mas no una certeza inequívoca de la categoría que pueda corresponder”* y que *“...previo al inicio de la licitación la Agencia de Protección Ambiental ha determinado el proyecto como ‘Sujeto a Categorización’ (...)”* (v. página 13). Destacó que con fecha 21 de enero de 2022 la citada Agencia otorgó el certificado de aptitud ambiental mediante la disposición N° DI-2022-126-GCABA-DGEVA al proyecto Parque Lineal Honorio Pueyrredón según la normativa vigente como *“ESPV Creación de Espacios Recreativos y/o Espacios Verdes”* como de impacto ambiental sin relevante efecto. Por ello sostuvo que carecía de sustento *“todos los argumentos de la parte actora respecto del incumplimiento de los procedimientos administrativos en materia ambiental”* (v. página 14).

También el GCBA argumentó sobre la cuestión planteada por la contaminación acústica. Indicó que no se vería afectado *“...el tránsito en las calles Rojas, Hidalgo y Acoyte. Lo que demuestra, a todas luces, que deriva en abstracto el informe acústico presentado”* (v. página 16). Destacó que previo al inicio de las obras se realizó un estudio acústico y citó su conclusión: *“‘...en prácticamente toda el área de influencia del proyecto no se producirán cambios significativos, a excepción de la calle Hidalgo y Avenida Acoyte, por donde se canalizará gran parte del tránsito eliminado de la Avenida Pueyrredón’; d) ‘Si bien se produce un incremento de los volúmenes en dichas vías de tránsito, no se esperan valores acústicos mayores a 3 dB respecto de los existentes’”*.

Al mismo tiempo el GCBA refirió que también tomó intervención la Dirección General de Evaluación dependiente de la Agencia de Protección Ambiental, organismo que estableció las condiciones a cumplimentar para la ejecución de la obra. Y otro tanto respecto de la Subsecretaría de Planificación de la Movilidad y la Dirección General Planificación, Uso y Evaluación (v. páginas 17/19).

Luego trató el **requisito de peligro en la demora** y dijo que aquél no se encontraba configurado por no haber un *“daño real, efectivo y concreto demostrado por la actora (...)”* (v. página 19).

A lo manifestado por la parte actora respecto a que *“la ausencia de evaluación ambiental correspondiente, y el no respetarse la planificación urbana, profundiza las consecuencias que conllevan sobre la salud toda actividad, proyecto o emprendimiento”* el GCBA sostuvo que: i) En primer lugar de los expedientes administrativos acompañados *“se han, y están realizando los estudios ambientales en conformidad con la Ley 123, y las resoluciones N° 67-APRA y N° 326/13 APRA. //En este sentido, el 26 de noviembre de 2021, mediante Disposición N° DI-*

2021-36311348-GCABA-DGEVA se ha obtenido la Constancia de No Necesidad de Recomposición Ambiental (CNNRA) de acuerdo al artículo 6° de la Resolución N° 326-APRA/13 y 4° de su Anexo I. //Asimismo, se reitera que con fecha 21 de enero de 2022 la Agencia de Protección Ambiental ha otorgado el Certificado de Aptitud Ambiental mediante la Disposición N° DI-2022-126-GCABA-DGEVA.”; ii) respecto a la planificación urbana afirmó que se dio intervención a los organismos competentes para la ejecución de la obra y que se efectuaron reuniones virtuales con vecinos y asociaciones ambientales.

Por otro lado el GCBA mencionó que con el dictado de la medida cautelar **se afectaría el interés público** y el normal desenvolvimiento de las actividades de la Ciudad al ser obstruido por recursos judiciales que aun cuando sean legítimos “...no contemplan la necesaria y constitucional separación de poderes, lo cual hace necesario que la ciudadanía confíe en sus autoridades electas, y en los procedimientos que las mismas llevan a cabo” y que “la tutela del interés público que realiza el Poder Ejecutivo no es de carácter opinable. No basta con la mera discrepancia de los actores” (v. página 21).

De este modo concluyó que el dictado de la medida cautelar consistente en la suspensión de la obra “...afectaría las políticas públicas que la administración lleva adelante en materia de tránsito y transporte”.

Finalmente sobre el requisito de **contracautela** alegó que “...en el hipotético e improbable caso que V.S dé lugar a la medida cautelar, se solicita que previamente se evalúe la calidad de la contracautela ya que la mera caución juratoria no resultaría suficiente, transformándola a una contracautela real, con el monto que S.S estime corresponder en virtud del daño que causaría la puesta en práctica de la medida” (v. página 22).

De esta presentación, intimé al GCBA para que en el término de un (1) día acompañe a la causa la documentación referida en su escrito o, en su caso, manifieste lo que estime corresponder. También que adjunte cualquier actuación administrativa que se haya generado con posterioridad a las acompañadas en la presente causa el 27 de diciembre de 2021 y, acompañe los registros audiovisuales correspondientes a las acciones mencionadas en su presentación, o bien, efectúe al respecto las manifestaciones que considere oportunas. Todo ello, bajo apercibimiento de resolver lo que por derecho corresponda con las constancias de la causa (v. actuación n° 53125/2022).

El 03 de febrero del corriente año el GCBA realizó una nueva presentación dando cumplimiento a lo solicitado precedentemente (v. actuación n° 78413/2022). En igual fecha dispuse agregar en el “drive juscaba” la documentación acompañada, la cual puede consultarse en el siguiente link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHz2nTHzZDXmAz> y conferí –en razón a lo solicitado oportunamente, v. actuación n° 56834/2022- una nueva vista a la Unidad Especializada en Litigios Complejos por el término de veinticuatro (24) horas (v. actuación n° 79895/2022).

VII. El 04 de febrero del corriente año dictaminó la Unidad Especializada en Litigios Complejos (dictamen n° 08-2022 el cual luce en la actuación n° 100762/2022) en los siguientes términos: “V.- Ahora bien, en las actuales circunstancias y con los nuevos aportes arrimados a la causa, encuentro que el nuevo análisis de la verosimilitud del derecho debe efectuarse a partir de la ponderación del **Certificado de Aptitud Ambiental** emitido por la APRA el 21 de enero del 2022 (...), que acredita que el `Proyecto Parque Lineal Honorio Pueyrredón-



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

Rubro según normativa vigente ESPV Creación de Espacios Recreativos y/o Espacios Verdes', a desarrollarse en Avenida Doctor Honorio Pueyrredón N° 300 al 1100, entre la Plaza Giordano Bruno y el Monumento al Cid Campeador de esta Ciudad', ha sido categorizado como 'SIN RELEVANTE EFECTO AMBIENTAL'. //Tal circunstancia permite suponer que no existiría una vulneración a los derechos constitucionales que la actora denuncia" (el destacado luce en el original).

Sobre la cuestión de *"la supuesta afectación al ambiente que traería aparejada la puesta en marcha del proyecto, estimo que la certificación ambiental aludida sella su suerte y demuestra que éste no se vería afectado con la ejecución de la obra a realizarse en el barrio de Caballito".* La Sra. Fiscal citó en apoyo a sus dichos lo dispuesto mediante IF-2021-28720656-GCBABA-DGEVYA del 23/09/2022; NO-2022-04511999-GCBABA-DGOVP del 19/1/2022; NO-2022-04516949-GCABA-DGPCIVRB del 19/1/2022 y NO-2022-04636099/GCABA/DGPUR del 20/1/2022 como así también lo resuelto por la Dirección General de Espacios Verdes y Arbolado (IF-2021-22445115-GCBA-DGEVYA).

En igual orden de ideas respecto de la contaminación acústica señaló lo dispuesto mediante IF-2022-04068649-GCABA-DGEVA/22 de fecha 14/01/2022 por la Subgerencia Operativa de Impacto Acústico que evaluó el informe de evaluación del impacto acústico realizado por los profesionales Lic. Reinaldo Polero y el Arq. Gerardo Salomón. La Sra. Fiscal señaló que el citado informe da cuenta de las conclusiones arribadas por los profesionales intervinientes y, advirtió que a raíz de la obra cuestionada se producirá una mejora significativa a favor de los vecinos frentistas de la vía intervenida, mientras que *"en prácticamente toda el área de influencia del proyecto no se producirán cambios significativos, a excepción de la calle Hidalgo y Av. Acoyte, por donde se canalizará gran parte del tránsito eliminado de la Av. Pueyrredón"* y dijo que *"...si bien se produce un incremento de los volúmenes en dichas vías de tránsito, no se esperan valores acústicos mayores a 3 dB respecto de los existentes"*. Por tal motivo se consideró que se debían prever medidas para la etapa operacional de la obra (las cuales cita) y que por dicha situación se determinaron condiciones ambientales tanto para la etapa de la obra como para la etapa operacional (cfr. disposición registro ruidos –DIRRC-2022-7-GCABA-DGEVA de fecha 21/1/2022).

Por otra parte respecto de la alegada afectación del derecho a la participación ciudadana y sobre la base de la catalogación de la obra que surge del certificado de aptitud ambiental extendido, la Sra. Fiscal indicó que *"...merece señalarse que la Ley N° 123 (...) no exige, para estos proyectos, instancias de participación ciudadana y que*

sea obligatorio seguir con la totalidad de las etapas previstas en el artículo 11 de dicha norma (...). En tal sentido, no se advertiría la configuración de una infracción al procedimiento, pese a que no se ha celebrado la audiencia pública referida en el inciso `e´ del artículo 11, en la medida que ello se encuentra exclusivamente previsto para aquellos proyectos susceptibles de producir un relevante efecto ambiental.// Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, es preciso destacar que, de las constancias aportadas en autos surge que existieron canales de comunicación entre funcionarios del GCBA, incluido el Jefe de Gobierno y la Ministra de Área, y vecinos/las del barrio de Caballito y ONGs (cfr. IF-2022-05293253-GCABA-COMUNA 6, como así también documentación fotográfica de dichos encuentros; todo ello adjunto en la documentación aportada por la demandada en el citado link). // Por otro lado, y a tenor de las alegaciones de la accionante vinculadas con las previsiones de la Ley N° 1777 y la falta de participación comunal, merece señalarse que de la nota NO-2021-22612615-GCABA-COMUNA 6 surge que el Presidente de la Junta Comunal N° 6 (Sr. Federico Daniel Ballan) indicó que `...esta repartición presta conformidad con la realización de la obra `PARQUE LINEAL – HONORIO PUEYRREDÓN´ (constancia obrante en el Expediente 2021-27583940, a cuyas constancias puede accederse por medio del link propiciado por el tribunal en actuación N° 3091510/2021)´´ .

Por todo ello, la Sra. Fiscal concluyó que “...las constancias señaladas me conducen a concluir que, en principio y teniendo en consideración las constancias arribadas hasta el presente, el derecho a la participación de la ciudadanía tampoco ha sido lesionado”.

En igual fecha ordené que **el expediente pase a resolver la medida cautelar peticionada** (v. actuación n° 102521/2022).

VIII. El 07 de febrero del corriente año la parte actora realizó una nueva presentación titulada “**DESCONOCE DOCUMENTAL-MANIFIESTA-SE RESUELVA MEDIDA CAUTELAR**” (v. actuación n° 113283/2022). En tal ocasión desconoció la totalidad de la documentación aportada por el GCBA y luego efectuó una serie de manifestaciones –a raíz de los expedientes administrativos y la documentación anexada por el GCBA- las cuales pueden sintetizarse en:

(i) “[e]liminación de vía de circulación en violación al principio de división de poderes”. Allí señaló que de la documental acompañada por el GCBA surgía que se eliminaría por completo una vía de circulación creando un espacio público y que se crearía una calle de convivencia. Respecto a esto último la parte actora expuso que “...no se ha dictado norma alguna por parte de la Legislatura de la CABA que habilite la apertura de este tipo de vía de circulación. Esto demuestra que el proyecto lleva consigo una grave falta a la división de poderes.// Sin perjuicio de lo establecido en la norma citada [ley n° 4026 Código de Tránsito y Transporte de CABA], tanto la creación de vías de circulación como la eliminación de las mismas es una materia exclusiva de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. El hecho de cerrar el tránsito vehicular de forma total y permanente no resulta una facultad del Poder Ejecutivo” (v. páginas 1/2 de la actuación n° 113283/2022).

(ii) “[c]AA previo al llamado a licitación”. La parte actora expresó que -a su entender- el proyecto impulsado por el GCBA debió contemplar dos etapas de evaluación de impacto ambiental: un primer certificado de aptitud ambiental (en adelante, CAA) referido a la evaluación sobre el impacto ambiental de la obra finalizada y en funcionamiento, es decir, un CAA del proyecto terminado. Por lo que este CAA “...debió



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

estar aprobado previo al llamado a Licitación Pública” y otro CAA que evalúe los efectos de la ejecución de la obra en sí misma, ello a los fines de determinar “...la mitigación de los trabajos durante la construcción”. No obstante ello señaló que de la documental aportada y los propios dichos del GCBA, el CAA fue aprobado el 21/01/2022, es decir, con posterioridad a la adjudicación de la licitación.

(iii) “[n]ulidad del formulario de Categorización”. Mencionó que “[t]odo trámite para la obtención de un CAA comienza completando un formulario de categorización. La carga de dicho formulario es automático a través del sistema SIPSA y EDA, y en caso de realizarse excepcionalmente el ingreso manual por Mesa de Entradas, debe coincidir con los formularios virtuales y la Res. Nro. 67/APrA/2021; el GCBA completó dicho formulario de forma manual permitiéndole modificar los formularios preestablecidos, burlando los requisitos del sistema y manipulando la información ingresada en dicho formulario de categorización” (v. página 3). Sobre esta cuestión se explayó a páginas 4/6.

(iv) “[n]ulidad del formulario de Valoración Ambiental”. Sobre esta cuestión sostuvo que “...lo que luce agregado como ‘expediente unificado de APrA’, NO ES EL EXPEDIENTE DE APrA, sino una parte del mismo, que de forma intencional no muestra las observaciones y subsanaciones efectuadas por APrA” y demás manifestaciones sobre este planteo (la mayúscula luce en el original, v. páginas 6/14).

(v) “[i]mpacto Acústico” bajo el cual realiza observaciones respecto de las mediciones efectuadas (v. página 14).

(vi) “[i]ncumplimiento en la Ejecución de Obra y las Condiciones de Funcionamiento del Certificado de Aptitud Ambiental” al respecto señaló que “[e]n tal sentido la Sub-Gerencia Operativa de la DGEVA (Área de Ruido y Vibraciones/Contaminación acústica) informa las condiciones en la etapa de ejecución de obra IF-2022-04068649-GCABA-DGEVA. Y dichos condicionamientos son incorporadas en el Certificado de Aptitud Ambiental. Sin embargo, en la práctica no se cumple (...)” (v. página 15).

Más adelante la parte actora realizó una serie de manifestaciones sobre los dictámenes emitidos por el Ministerio Público Fiscal (v. páginas 15/16) y otro tanto respecto de la contestación del GCBA (v. páginas 16/18).

Finalmente peticionó que se haga lugar a la medida cautelar peticionada.

En igual fecha resolví tener presente las manifestaciones realizadas por la parte actora para el momento procesal oportuno y dispuse que siga el expediente según su estado, es decir, con el pase a resolver.

CONSIDERANDO:

I. En la presente resolución, en primer lugar, voy a proceder a definir cuáles son las pretensiones³ deducidas, qué aspectos colectivos hospedan y sobre cuáles bienes jurídicos se solicita tutela jurisdiccional.

La labor descripta precedente tiene como centro exclusivo los aspectos cautelares que acompañan a la demanda de amparo, que ya fueron descriptos en el campo denominado "**RESULTAS**" de la presente decisión, y constituyen el objeto de esta sentencia interlocutoria.

La parte actora deduce una pretensión determinativa. Así, solicita se *"declare la nulidad del llamado a la Licitación Pública N° 7162-0019LPU21, proyecto `Parque Lineal-Honorio Pueyrredón' efectuada por el Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana, y de todo lo actuado en la misma, por resultar violatoria a preceptos constitucionales y legales en materia ambiental, planificación urbana y democracia participativa, causando un daño irreparable al ambiente"*.

Los fundamentos y antecedentes de hecho y de derecho de la referida pretensión son dos: a) afectación antijurídica y daño irreparable al ambiente producto de la obra licitada y, b) afectación del principio de democracia participativa por omisiones gubernamentales.

II. Medida cautelar peticionada: Un breve abordaje de las medidas cautelares en los procesos colectivos.

Como medida cautelar se solicita lo que puede considerarse como una medida de no innovar ya que la suspensión de la ejecución del proyecto tendría como consecuencia mantener un estado de cosas o, en su caso evitar mayores modificaciones, en concreto sobre la zona donde se ejecute o estaría ejecutando la obra.

Cabe recordar según ha expresado Carnelutti que *"cautelar se llama al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)"*⁴ y su admisibilidad presupone la constatación de dos requisitos: la existencia de un derecho verosímil, es decir, un estado de cosas o situación potencialmente garantizado por el ordenamiento jurídico y un peligro en la demora, originado por la duración del proceso, que conllevaría a la frustración de su finalidad si no se actúa previamente. Esto se traduce en un interés jurídico tutelable cautelarmente.

Asimismo, también debo subrayar que los procesos colectivos no se han aun reglamentado tanto en el ámbito nacional como local⁵. Por lo que las cuestiones inherentes a su desarrollo, incluso las cuestiones cautelares, para su consideración y

³ Una pretensión procesal es un acto jurídico por el cual una parte solicita a un tribunal y frente a otra parte una declaración de certeza jurídica positiva, es decir, la constatación de una posición jurídica protegida y, eventualmente, una modificación de un estado de cosas o la imposición de obligaciones respecto del frente demandado.

⁴ Citado por PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, ps. 15.

⁵ Salvo en materia de consumo (Ley 6407).



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CULJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

decisión obligan a recurrir como guía a la labor de la jurisprudencia, a leyes marco, a la analogía, la supletoriedad y al trabajo de la doctrina.

Particularmente sobre las cautelares en esta clase de procesos se ha expuesto que “[l]os procesos colectivos suponen un cambio de paradigma: el abordaje y resolución de conflictos. Estos conflictos, caracterizados por: (i) un elevado número de sujetos afectados; (ii) la posición similar de los mismos frente al agente dañoso; (iii) la trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial; (iv) mayor exigencia de tratamiento unitario; y (v) externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo, conllevan problemáticas y dimensiones distintas de las individuales y con ello trastocan todo el sistema de procesamiento de conflictos en términos de servicio de justicia. El sistema de las `medidas cautelares´ no escapa a este fenómeno. En ese sentido, si bien los lineamientos estructurales de la teoría cautelar permanecen vigentes, el tipo de conflictos en tratamiento incide en ellos y condiciona significativamente su abordaje y tratamiento en pos de adoptar un perfil adecuado que acompañe eficazmente esta nueva dimensión protectoria”⁶.

Lo dicho trae consigo la resignificación de los requisitos de las medidas cautelares: Así “...si bien tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora siguen suponiendo conceptualmente lo mismo, el tipo de conflictos a desactivar y su caracterización incide de forma singular en su análisis y ponderación, enfatizando el carácter preventivo y protectorio de las medidas cautelares...” , por su parte, otro elemento a tener en consideración es el de la afectación del interés público comprometido: “[s]u análisis deberá ser explícito y obligatorio en todos aquellos supuestos donde la medida se dirija contra la administración pública, tal como lo prevén los distintos ordenamientos vigentes”⁷.

III. Algunas consideraciones sobre el proyecto debatido.

Cabe recordar que la obra pública que aquí se examina, de acuerdo con la documentación aportada por el GCBA, en concreto las especificaciones particulares del pliego de bases y condiciones⁸ (en adelante, PBC) de la licitación, se localiza en la comuna

⁶ Verbic , Francisco y Sucunza, Matías A, “Medidas Cautelares en procesos colectivos: Ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias”, disponible en https://www.academia.edu/24570621/Medidas_cautelares_en_procesos_colectivos_ausencia_de_r%C3%A9gimen_adecuado_y_modulaciones_necesarias. Fecha de consulta 08/02/2022.

⁷ Verbic , Francisco y Sucunza, Matías A, “Medidas Cautelares en procesos colectivos: Ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias”, disponible en https://www.academia.edu/24570621/Medidas_cautelares_en_procesos_colectivos_ausencia_de_r%C3%A9gimen_adecuado_y_modulaciones_necesarias. Fecha de consulta 08/02/2022.

⁸ Mediante la resolución n° RESOL-2021-24-GCABA-SSPURB de fecha 22/09/2021 el Subsecretario de Paisaje Urbano aprobó “los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares (PLIEG-2021-24070295-GCABA-DGRU) y de Especificaciones Técnicas Generales (PLIEG-2021-24069628-GCABA-DGRU) y Particulares (PLIEG-2021-24069638-GCABA-DGRU) y los planos de aplicación (PLANO-2021-28539399-GCABA-DGRU) para la Obra `Parque lineal - Honorio

6 de la CABA, en el barrio de Caballito, sobre la Av. Honorio Pueyrredón entre la Av. Gaona y la calle Neuquén.

El PBC se establece que “[l]a intervención proyectada se propone la reconfiguración de la avenida Honorio Pueyrredón generando un parque lineal que vincule la plazoleta del Cid Campeador y la plaza 24 de septiembre al norte con la plaza Giordano Bruno al sur.// Este nuevo parque lineal permitirá incorporar nueva superficie verde, peatonal y recreativa; mejorando las condiciones ambientales del entorno y ampliando la oferta de espacio público.// La mano oeste se transformará, generando un espacio verde continuo en los dos carriles más próximos al boulevard y una calle de convivencia de acceso para frentistas en el carril más próximo a la vereda. Esta calle de convivencia correrá en sentido sur-norte entre las calles Neuquén y Ampere; y sentido norte-sur entre la Av. San Martín y la calle Ampere. En las intersecciones se propone nivelar las bocacalles de esta mano para generar una continuidad peatonal entre las distintas cuadras del nuevo parque y la calle de convivencia.// La mano Este se propone mantenga el sentido de circulación actual sur-norte, dos carriles de circulación y el carril de operaciones que funciona hoy en día. En las esquinas se proponen bulbos en las paradas de colectivo y orejas, en los casos en los que es vialmente posible, para acortar las distancias de cruce peatonal, haciéndolos más seguros.// El parque lineal contempla la ejecución de patios de juegos y sectores de uso recreativo distribuidos a lo largo del corredor siguiendo las recomendaciones surgidas a través de procesos de participación ciudadana.// La propuesta incluye la incorporación de alumbrado vial y peatonal, la adaptación del sistema de desagüe pluvial, plantación de nuevas especies de arbolado, tareas de paisajismo y reparaciones”.

En cuanto a los fundamentos de la pretensión, como indiqué en el punto “I” de estos considerandos, uno de esos fundamentos cuestiona la afectación y daño ambiental y lo hace específicamente respecto de las supuestas afectaciones del tránsito y del transporte público que la obra generaría al estar concluida; el frente actor también sostuvo que la contaminación acústica existente en la zona se agravaría de llevarse adelante el proyecto.

Debo anticipar que no considero acreditada la verosimilitud en el derecho respecto de las afectaciones ambientales que se alegan, sin perjuicio de que con el desarrollo del proceso, y a través de prueba técnica específica, se logre acreditar situación de afectación ambiental.

Al solo efecto de tratar el tema cautelar y sin que ello importe una valoración sustantiva del objeto del amparo, la que haré una vez concluida la etapa cognitiva, debo ahora hacer notar que los argumentos esgrimidos por el frente actor son genéricos, imprecisos y hasta aparecen exagerados considerando el propósito de la obra que se cuestiona. En efecto, la conjetura de que habrá un fuerte impacto en la calidad ambiental por repartirse el tránsito en vías secundarias se trata de una premisa respecto de la cual no se ofrecen elementos que la sostengan; por ejemplo, qué líneas de colectivos serán desviadas hacia vías secundarias y cómo ello se traduciría en un problema

Pueyrredón’ cuyo presupuesto oficial asciende a la suma de PESOS CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UNO CON 84/100 (\$497.155.461,84-)”. Disponible digitalmente en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS>, archivo identificado como “EX-2021-24382926-GCABA—DGTALMEPHU”, orden 14 “0014-RS-2021-28540280-GCABA-SSPURB”. El pliego de Especificaciones Técnicas Particulares en cuestión se encuentra acompañado en el archivo “EX-2021-24382926-GCABA—DGTALMEPHU” orden 6 “0006-PLIEG-2021-24069638-GCABA-DGRU”.



<p>JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29</p> <p>ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL</p> <p>Número: EXP 253284/2021-0</p> <p>CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0</p> <p>Actuación Nro: 151215/2022</p> <p>SGP</p>

ambiental; no se indicó ningún elemento concreto que permita en este incipiente estado del proceso considerar que exista un "...colapso en la red de tránsito y servicios de la zona.." , que el proyecto va a agravar; no se explica cómo se "complicará la vida de los frentistas", en qué sentido se complicará y cuál será la causa concreta de esa complicación; tampoco se precisa por qué será "envenenado" el aire de las calles aledañas y en qué medida se verán sobrepasadas de autos.

Por otra parte debo hacer notar que en cuanto a la materia técnica han intervenido una serie de áreas y agencias gubernamentales, no existiendo observaciones críticas de ninguna de ellas.

En forma previa al llamado a licitación intervinieron las siguientes áreas de gobierno:

Organismo	Actuación	Fecha	Decisión	Datos para su consulta
			<p><i>"[a]l respecto, previo al inicio de las obras, corresponde tramitar el Certificado de Aptitud Ambiental siguiendo los lineamientos establecidos en el Anexo III de la Resolución N° 67-APRA/21 para Obras o Usos sujetos a Categorización (s/C).//Asimismo, teniendo conocimiento de la cercanía del proyecto con actividades potencialmente contaminantes y entendiendo que las obras contemplan el movimiento de suelos, se requiere que, previo al inicio de las obras, se presente un Estudio de Investigación Ambiental del Sitio en conformidad con la Resolución N° 326-APRA/13.//Por último, se comunica que, en caso de realizar demoliciones y detectar la presencia de material con contenido de asbestos, deberá solicitar la autorización de retiro de los mismos mediante un operador in situ bajo la Ley N° 2.214 de Residuos Peligrosos, previo a la remoción de materiales, asegurando una gestión adecuada de los mismos.//Finalmente, se sugiere</i></p>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-22595447-GCABA- DGRU".</p> <p>Orden 31 "0031-NO-2021-22086141-GCABA-DGEVA".</p>

Dirección General Evaluación Ambiental dependiente de la Secretaría de Ambiente	NO-2021-22086141-GCABA-DGEVA	27/07/21	incorporar en los Pliegos que la empresa contratista deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones ambientales establecidas en el Certificado de Aptitud Ambiental, en conformidad con el cumplimiento de las normas ambientales vigentes". Fdo María Lujan Azcurra –(Directora General)	
D.G Sistema Pluvial dependiente del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana	NO-2021-22093637-GCABA-DGSPLU	27/07/21	"...en el marco del Proyecto de referencia a fin de hacerle llegar nuestra respuesta mediante el Informe Técnico N° IF-2021-22057773-GCABA-DGSPLU". Fdo Carla Vidiri (Directora General).	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-27583940-GCABA-APRA".</p> <p>Orden 19 "0019-NO-2021-22093637-GCABA-DGSPLU"</p> <p>Orden 20 "0020-IF-2021-22057773-GCABA-DGSPLU" (informe técnico).</p>
Comisión P/ la Plena Participación e Inclusión de Personas con Discapacidad dependiente del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat	NO-2021-22145845-GCABA-COPIDIS	28/07/21	Se expresa "[h]abiéndose analizado toda la documentación adjunta a la citada nota, se le informa que el área de accesibilidad indica: el proyecto referido cumple con los lineamientos del artículo 9 de la 'Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad'". Fdo Leonardo Ruiz (titular de la citada Comisión).	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-22595447-GCABA-DGRU".</p> <p>Orden 25 "0025-NO-2021-22145845-GCABA-COPIDIS".</p>
Gerencia Operativa de Mantenimiento de Espacios Verdes de la Dirección General de Espacios Verdes y Arbolado.	IF-2021-22445715-GCABA-DGEVYA	30/07/21	"...esta Gerencia Operativa observa que el proyecto en cuestión cumple con los requerimientos establecidos dentro del Manual de Estándares Mínimos del Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobado por Resolución RESFC-2020-1-GCABA-SSGCOM". Fdo Federico Emanuel Antonio Fernández (Gabinete).	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-27583940-GCABA-APRA".</p> <p>Orden 13 "0013-IF-2021-22445715-GCABA-DGEVYA".</p>
D.G de	NO-2021-	03/08/21	"[e] n virtud del proyecto en cuestión,	Link digital



<p align="center">JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29</p> <p align="center">ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL</p> <p align="right">Número: EXP 253284/2021-0</p> <p align="right">CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0</p> <p align="right">Actuación Nro: 151215/2022</p>				
SGP				
Limpieza dependiente del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana	22771629-GCABA-DGLIM		<p>corresponde informar que hemos tomado conocimiento del mismo, tanto de su Pliego de Especificaciones Técnicas como de los planos que se adjuntaron como archivos de trabajo de la misma, y teniendo en cuenta que la obra se encuentra prevista para el año 2022 y dado que no encontramos objeciones hacia la misma, es que solicitamos se informe esta Dirección General al momento de adjudicación de la misma, a los fines de evaluar la ubicación del mobiliario afectado al Servicio Público de Higiene Urbana y su servicio correspondiente".</p> <p>Fdo Ramiro J Peralta (Director General).</p>	<p>https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-27583940-GCABA-APRA".</p> <p>Orden 16 "0016-NO-2021-22771629-GCABA-DGLIM".</p>
Gerencia Operativa Planeamiento Estratégico de la Movilidad	IF-2021-23037639-GCABA-DGPUE	05/08/21	<p>"[e]n referencia al proyecto 'Parque Lineal Honorio Pueyrredón' vista la documentación que obra adjunta a este expediente, donde se incorpora nueva superficie verde, peatonal y recreativa, mejorando las condiciones ambientales del entorno y ampliando la oferta de espacio público; esta gerencia operativa toma conocimiento y no observa inconvenientes desde el punto de vista de la planificación estratégica de la movilidad". Fdo Meiss Andrés Gustavo (Gerente Operativo).</p>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-24382926-GCABA-DGTALMEPHU".</p> <p>Orden 09 "0009-IF-2021-23037639-GCABA-DGPUE".</p> <p>También incorporado en el archivo identificado EX 2021-22012514-GCABA-SSPMO"</p> <p>Orden 07 "007-IF-2021-23037639-GCABA-DGPUE"</p>
D. G. Diseño e Implementación dependiente del	IF-2021-23378905-GCABA-	09/08/21	<p>"[a]tento a lo solicitado mediante el expediente de referencia, se adhiere a lo manifestado por la Gerencia Operativa</p>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS</p>

Ministerio de Jefatura de Gabinete	DGPUE		<i>Planeamiento Estratégico de la Movilidad a través del informe N° IF-2021-23037639-GCABA-DGPUE". Fdo Dino Nicolas Buzzi (Director General)</i>	<p>peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado EX 2021-22012514-GCABA-SSPMO".</p> <p>Orden 08 "0008-IF-2021-23378905-GCABA-DGPUE".</p>
D. G. Diseño e Implementación dependiente del Ministerio de Jefatura de Gabinete	IF-2021-25164555-GCABA-DGDEI	25/08/21	<i>"...luego de analizar la documentación recibida, a los efectos de hacer saber que esta Gerencia Operativa presta conformidad al proyecto denominado 'Parque Lineal Honorio Pueyrredón'. En dicha ocasión también realizada una serie de observaciones. Fdo Martin Alvarez del Rivero (Gerente Operativo).</i>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-24382926-GCABA-DGTALMEPHU".</p> <p>Orden 10 "0010-IF-2021-25164555-GCABA-DGDEI".</p> <p>También v. Orden 11 "0011-IF-2021-28542817-GCABA-DGRU".</p>
Gerencia Operativa de Mantenimiento de Espacios Verdes de la Dirección General de Espacios Verdes y Arbolado	IF-2021-27703593-GCABA-DGEVYA	15/09/21	<i>"...en mi carácter de Gerente Operativo de Mantenimiento de Espacios Verdes de la Dirección General de Espacios Verdes y Arbolado, dependiente de la Subsecretaría de Gestión Comunal, en el marco S/ Parque Lineal Honorio Pueyrredon, a fin de dar respuesta y expedirse la nota NO-2021-25719930-GCABA-DGRU, en el marco de las competencias de esta Dirección General.// A sus efectos, esta Gerencia Operativa comunica que no tiene observaciones a los últimos cambios realizados en el proyecto (...)". Fdo Federico Emanuel Antonio Fernandez (Gerente Operativo).</i>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-27583940-GCABA-APRA".</p> <p>Orden 12 "0012-IF-2021-27703593-GCABA-DGEVYA".</p>
Subsecretaria de Paisaje Urbano	RESOL-2021-24-GCABA-SSPURB	22/09/21	Allí se resolvió –entre otras cosas- aprobar los " <i>Pliegos de Bases y Condiciones Particulares (PLIEG-2021-24070295- GCABA-DGRU) y de Especificaciones Técnicas Generales (PLIEG-2021-24069628-GCABA-DGRU) y Particulares (PLIEG-2021-24069638-GCABA-DGRU) y los planos</i>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-24382926-GCABA-</p>



<p>JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29</p> <p>ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL</p> <p>Número: EXP 253284/2021-0</p> <p>CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0</p> <p>Actuación Nro: 151215/2022</p>
SGP

			<p>de aplicación (PLANO-2021- 28539399-GCABA-DGRU) para la Obra 'Parque lineal - Honorio Pueyrredón' cuyo presupuesto oficial asciende a la suma de PESOS CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UNO CON 84/100 (\$497.155.461,84-)". (cfr. RESOL-2021-24-GCABA-SSPUB. Fdo Juan Vacas -Subsecretario-).</p>	<p>DGTALMEPHU".</p> <p>Orden 14 "0014-RS-2021-28540280-GCABA-SSPUB".</p>
--	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------

Luego de aprobarse los PBC Particulares y de Especificaciones Técnicas intervinieron:

Organismo	Actuación	Fecha	Decisión	Datos para su consulta
Subgerencia Operativa de Sitios Contaminados	IF-2021-31488740-GCABA-DGEVA	15/10/21	<p>"[e]sta Subgerencia Operativa de Sitios Contaminados, ha efectuado el análisis técnico, del que surge que queda pendiente de recepción la documentación técnica y declaraciones juradas (...)//Asimismo, se deja constancia que deberá presentar toda la documentación legal vigente a nombre del titular, conforme a la Resolución 326-APRA/13" Fdo Edgardo Blanco (Subgerente Operativo).</p>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-29656370-GCABA-APRA"</p> <p>Orden 04 "004-IF-2021-31488740-GCABA-DGEVA".</p>
Subgerencia Operativa de Sitios	IF-2021-34076376-GCABA-		<p>Subsanado lo anterior, decidió que "Conforme a la documentación existente en la presente actuación, esta subgerencia Operativa de Sitios Contaminados considera que el sitio investigado no requiere la realización de estudios de Fase II ni de acciones de recomposición ambiental, conforme el Artículo N° 3 del Anexo I de la</p>	<p>Orden 08 "008-IF-2021-34076376-GCABA-DGEVA".</p>

Contaminados	DGEVA	05/11/21	Resolución N° 326-APRA/13.//Sin perjuicio de lo expuesto, se sugiere quede sujeto a los siguientes condicionantes: a. En caso de realizarse actividades u obras que involucren la necesidad de extracción de suelo y/o agua subterránea, fuera del área intervenida y/o de producirse cambios en las condiciones ambientales o de uso; se deberán desarrollar las correspondientes gestiones y acciones, conforme a la Resolución N° 326-APRA/13, el Artículo N°28 de la Ley N° 2214 y la Ley N° 3295.” Fdo Edgardo Blanco (Subgerente Operativo).	
D. G Evaluación Ambiental dependiente de la Secretaria de Ambiente	IF-2021-36218336-GCABA-DGEVA	25/11/21	Dictamen jurídico. Fdo María Nora Cibeira (Subgerente Operativo)	Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS . Archivo identificado “EX 2021-29656370-GCABA-APRA” Orden 10 “0010-IF-2021-36218336-GCABA-DGEVA”.
D. G Evaluación Ambiental dependiente de la Secretaria de Ambiente	DI-2021-1218-GCABA-DGEVA	26/11/21	La Directora General de Evaluación Ambiental decidió –entre otras cosas- otorgar “la constancia de No Necesidad de Recomposición Ambiental (CNNRA) e acuerdo al artículo 6° de la Resolución N° 326-APRA/13 y 4° de su Anexo I, respecto del predio ubicado sobre la traza de la Avenida Dr. Honorio Pueyrredón N° 300 al 1.000 de esta Ciudad, delimitado por los puntos georreferenciados P1, P2, P3, P4, P5,P6, P7, P8, P9, P10, P11, P12, P13 y P14, conforme Anexo I obrante mediante Informe N° 36310895-GCABA-DGEVA/21”. Fdo María Luján Azcurra (Directora General).	Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS . Archivo identificado “EX 2021-29656370-GCABA-APRA” Orden 11 “0011-DI-2021-36311348-GCABA-DGEVA”.
Subgerencia Operativa de Sitios Contaminados	IF-2021-36990338-GCABA-DGEVA	02/12/21	“[a]tento a las presentaciones realizadas por el administrado, de cuyo análisis se resolvió el otorgamiento la Constancia de No Necesidad de Recomposición	Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS . Archivo identificado “EX 2021-



2022 - Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur.

JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29 ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL Número: EXP 253284/2021-0 CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0 Actuación Nro: 151215/2022
SGP

			<p><i>Ambiental (CNNRA), según disposición DI-2021-1218-GCABA-DGEVA de fecha 26/11/21 se determinó por los resultados en los estudios que no es necesario realizar monitoreos y ha sido notificada mediante IF-2021-36326951-GCABA-DGEVA de fecha 26/11/21, esta Subgerencia Operativa de Sitios Contaminados entiende que para el predio en cuestión no se requieren tareas adicionales (...)" Fdo Edgardo Blanco (Subgerente Operativo).</i></p>	<p>29656370-GCABA-APRA"</p> <p>Orden 14 "0014-IF-2021-36990338-GCABA-DGEVA".</p>
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------

Posteriormente aprobada la licitación y adjudicada la obra intervinieron:

Organismo	Actuación	Fecha	Decisión	Datos para su consulta
Subsecretaria de Paisaje Urbano	RESOL-2021-40-GCABA-SSPURB	14/12/21	<p>Allí se resolvió aprobar la "... Licitación Pública N° 7162-0019-LPU11, para la contratación de la obra "Parque lineal Honorio Pueyrredón", al amparo de lo establecido por la Ley N° 6246 y los Decretos Nros. 60-GCBA/21 y 152-GCBA/21" y adjudicar "la obra establecida en el artículo 1° de la presente a la firma MIAVASA S.A (CUIT N° 30-67730386-3) por un monto de pesos trescientos noventa y siete millones novecientos setenta y dos mil novecientos dieciocho con 14/100 (\$ 397.972.918,14) por ajustarse a los pliegos que rigen la presente licitación y ser la primera en orden de mérito". Fdo Juan Vacas – Subsecretario-).</p>	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-24382926-GCABA-DGTALMEPHU".</p> <p>Orden 325 "0325-RS-2021-38068023-GCABA-SSPURB".</p>
Dirección General de	IF-2021-39124730-	22/12/21	Informe técnico por cuestiones	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5</p>

Diseño e Implementación	GCABA-DGDEI		de transporte	<p>peS8wD597gHpS.</p> <p>Archivo identificado "EX 2021-27583940-GCABA-APRA".</p> <p>Orden 32 "0032-IF-2021-39124730-GCABA-DGDEI".</p>
D.G. Regeneración Urbana dependiente del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana	NO-2021-39264194-GCABA-DGRU	23/12/21	Allí se transcriben observaciones con su correspondiente respuesta. Fdo Cecilia María Segal (Directora General).	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz</p> <p>Archivo identificado "Actuaciones administrativas posteriores al 27-12-22"</p> <p>Sub-archivo "EX-2021-27583940-GCABA-APRA-Unificado.</p> <p>v. páginas 1/6.</p>
Subgerencia Operativa de Impacto Acústico	IF-2022-04068649-GCABA-DGEVA	14/01/2022	"[d]e acuerdo a los resultados alcanzados en el punto 2.2), en el que se proyectan niveles sonoros para la etapa de obras -con y sin medidas de mitigación- se concluye, con el objeto de no incrementar el nivel sonoro existente en el entorno involucrado corresponde realizar ciertas medidas de mitigación durante la referid a etapa. En consecuencia, esta Subgerencia Operativa de Impacto Acústico, considera que correspondería incluir dentro de las condiciones ambientales aquellas destacadas [las cuales surgen mencionados en dicho informe]". Fdo German Said (Subgerente Operativo).	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz</p> <p>Archivo identificado "Actuaciones administrativas posteriores al 27-12-22"</p> <p>Sub-archivo "EX-2021-27583940-GCABA-APRA-Unificado.</p> <p>v. páginas 344/350.</p>
D.G Planeamiento Urbano	NO-2022-04636099-GCABA-DGPLUR	20/01/22	"[e]sta Dirección General se manifiesta en consonancia con el objetivo del desarrollo integral de proyectos, a través de los cuales se potencien las oportunidades para el disfrute del espacio público, optimizando su utilización, recuperando la riqueza del paisaje urbano y revitalizando las	<p>Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz</p> <p>Archivo identificado "Actuaciones administrativas</p>



2022 - Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur.

JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29 ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL Número: EXP 253284/2021-0 CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0 Actuación Nro: 151215/2022				
SGP				

			<i>actividades que incentivan la permanencia del ciudadano en los espacios al aire libre (...).</i> Fdo Luis Oscar Cabillon (Director General).	<i>posteriores al 27-12-22"</i> Sub-archivo "EX-2021-27583940-GCABA-APRA-Unificado. v. páginas 426/427.
D. G. de Evaluación Ambiental dependiente de la Secretaria de Ambiente.	DIRRC-2022-7-GCABA-DGEVA	21/01/22	Disposición por registro de ruidos. Fdo María Lujan Azcurra (Directora General).	Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHz2nTHzZDXmAz Archivo identificado <i>"Actuaciones administrativas posteriores al 27-12-22"</i> Sub-archivo "EX-2021-27583940-GCABA-APRA-Unificado. v. páginas 467/474.
D. G. de Evaluación Ambiental dependiente de la Secretaria de Ambiente.	DI-2022-126-GCABA-DGEVA	21/01/22	Dispuso –entre otras cosas- otorgar la categorización del proyecto en cuestión como de impacto ambiental sin relevante efecto y otorgó el certificado de aptitud ambiental. Fdo María Lujan Azcurra (Directora General).	Link digital https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHz2nTHzZDXmAz Archivo identificado <i>"Actuaciones administrativas posteriores al 27-12-22"</i> Sub-archivo "EX-2021-27583940-GCABA-APRA-Unificado.

				v. páginas 475/496.
--	--	--	--	---------------------

IV. La cuestión técnica formal.

Los antecedentes mencionados precedentemente no permiten, en el marco, forma y bajo los argumentos propuestos por la parte actora y dentro del ámbito cautelar, establecer verosímilmente que exista un obrar u omisiones antijurídicas de la Administración respecto de las cuestiones técnicas –tránsito y contaminación acústica- que autoricen a afirmar la existencia actual o en curso de una lesión al hábitat o al ambiente producto de los procedimientos administrativos previos o posteriores al llamado a licitación y a la adjudicación de la obra a la empresa MIAVASA S.A. Tampoco se puede inferir que, respecto de los aspectos técnicos involucrados –niveles acústicos y tránsito- la finalidad de la obra pueda provocar una situación de irreversibilidad crítica en el ambiente que me convenzan y justifiquen, aun bajo un análisis limitado debido a la presente etapa inicial del proceso, a suspender cautelarmente la obra por los motivos apuntados.

No obstante lo dicho, como a continuación analizo, sí entiendo que existen otros aspectos relevantes que logran poner en crisis esos mismos actos y procedimientos, en este caso en razón de la afectación del derecho colectivo acceder a la información ambiental y a participar en la tutela ambiental.

V. Democracia participativa y ambiente.

La afectación del principio de democracia participativa es la segunda vertiente sobre la cual el demandante fundamenta su pretensión y sostiene el pedido cautelar.

A fin de examinar la cuestión mencionada precedentemente resulta imprescindible establecer un marco conceptual respecto de lo que puede entenderse como democracia participativa para luego, contrastar esa noción con el presente caso y, precisar si de ello se deriva la necesidad de la tutela cautelar.

El artículo 1° de la Constitución Porteña establece, en lo que aquí interesa analizar, que “[l]a Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos”.

Surge del mencionado texto que el constituyente local, además de adoptar el estándar de ingeniería constitucional decimonónico y respetar el principio federal establecido por el art. 5° de la Constitución Nacional para las provincias en cuanto a la forma de gobierno republicana y representativa, también, para dar estructura al nuevo sujeto federal incorporado con la reforma constitucional de 1994 -la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, estableció un principio procedimental y sustantivo cual es que las “instituciones autónomas” resulten organizadas como **democracia participativa**.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

Indudablemente la complejidad de la caracterización constitucional mencionada, es decir, la organización de las instituciones como democracia participativa conlleva un gran desafío hermenéutico para definir sus contornos. En sí misma la voz democracia tiene muchas acepciones y resulta, por sus características de vaguedad, ambigüedad y textura abierta e incluso emotividad. Sin embargo, la historicidad de cada tiempo y lugar nos impone el deber ético de definir qué es la democracia para nosotros y, en su caso, qué es la democracia participativa. En mi caso, tengo el deber jurídico ahora –a fin de fundar esta resolución- de dar cuenta de qué es la democracia.

Tengo para mí que la democracia no es en sí misma una forma de gobierno, sino ante todo una forma de vida en comunidad, sin exclusiones. El aspecto participativo agrega un énfasis sobre las características de la democracia que tiene que ver con la puesta en valor de la capacidad enunciativa permanente del pueblo y de la comunicación entre éste y sus representantes, de establecer formas de construir sentido político fuera de la agenda electoral o junto con ella, y de posibilitar a los habitantes de la Ciudad la construcción permanente de un ágora de interpelación, discusión y debate sobre los asuntos de interés público. De allí que todo mecanismo o aspecto de la democracia participativa resulte en sí mismo una cuestión de interés público, ya que no puede haber mayor interés que posibilitar un genuino y mejor espacio para oír la voz del pueblo.

También parece sensato decir que los aspectos inherentes a la democracia participativa están estrechamente relacionados con el acceso a la información pública; y dicha posibilidad de acceso debe ser plausible y efectiva, y la información debe ser de calidad, clara y oportuna. Participación y acceso a la información resultan entonces aspectos interdependientes. En rigor, la participación es una instancia ligada funcionalmente al bien colectivo del ambiente.

Tal como fundamento más adelante, en materia ambiental existe el derecho constitucional y convencional de los habitantes a participar en la tutela del ambiente.

VI. Principios y Reglas involucrados.

El art. 41 de la Constitución Nacional establece: “[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio

natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

En lo que ahora resulta relevante, la norma constitucional transcrita establece el derecho de incidencia colectiva a un ambiente sano y el deber, también de incidencia colectiva, de preservarlo. Asimismo, establece como mandato que las autoridades tienen que proveer la protección del derecho al ambiente sano y de proveer información ambiental.

La Constitución porteña contiene importantes normas en materia de ambiente y hábitat. Así, el art. 20 establece que dentro de los elementos que definen el derecho a la salud integral está el ambiente: “[s]e garantiza **el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente**” (el resalto me pertenece).

Por su parte el capítulo IV de la CCABA realiza un extenso abordaje del tema ambiental, dedicándole los arts. 26 a 29. En lo que aquí interesa menciono que, entre sus prescripciones, el art. 26 dispone que el ambiente es patrimonio común, que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras; también que toda persona tiene derecho, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.

Asimismo el art. 27 de la CCABA señala que “[l]a Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. **Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve:** 1. La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio. 2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora. 3. La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común. 4. La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica y la preservación de su diversidad biológica. 5. La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos. 6. La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos. 7. La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado. 8. La provisión de los equipamientos comunitarios y de las infraestructuras de servicios según criterios de equidad social. 9. La seguridad vial y peatonal, la calidad atmosférica y la eficiencia energética en el tránsito y el transporte. 10. La regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos, que comporten riesgos. 11. El uso racional de materiales y energía en el desarrollo del hábitat. 12. Minimizar volúmenes y peligrosidad en la generación, transporte, tratamiento, recuperación y disposición de residuos. 13. Un desarrollo productivo compatible con



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes y la disminución en la generación de residuos industriales. 14. La educación ambiental en todas las modalidades y niveles”.

El art. 28 dispone que “[p]ara asegurar la calidad ambiental y proveer al proceso de ordenamiento territorial, se establece: 1. La prohibición de ingreso a la Ciudad de los residuos y desechos peligrosos. Propicia mecanismos de acuerdo con la provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones, con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de los residuos industriales, peligrosos, patológicos y radiactivos que se generen en su territorio. 2. La prohibición del ingreso y la utilización de métodos, productos, servicios o tecnologías no autorizados o prohibidos en su país de producción, de patentamiento o de desarrollo original. La ley establecerá el plazo de reconversión de los que estén actualmente autorizados”.

Asimismo el art 29 de la CCABA establece que “[l]a Ciudad define un Plan Urbano Ambiental elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias aprobado con la mayoría prevista en el artículo 81, que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas”.

Por último, siempre refiriéndome al capítulo IV de la CCABA, el art. 30 señala la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.

En cuanto a las atribuciones y facultades del Jefa o Jefe de Gobierno, la Constitución local dispone en el inc. 27 del art. 104 que ese funcionario preserva, restaura y mejora el ambiente, los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales, reduciendo la degradación y contaminación que los afecten, en un marco de distribución equitativa. **Promueve la conciencia pública** y el desarrollo de modalidades educativas que faciliten la participación comunitaria en la gestión ambiental.

VI.1 En el orden nacional se ha dictado la **ley n° 25.675⁹** denominada **Ley General del Ambiente** (en adelante, LGA). La ley n° 25.675 establece el marco común y los presupuestos mínimos indispensable para la política ambiental en el territorio nacional y la protección del ambiente.

En ese orden, la LGA resulta subordinante de las legislaciones locales y ello queda claro cuando establece lo que denomina principio de congruencia: la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la ley nacional y en caso de que así no fuere, prevalecen los principios y

⁹ Sancionada el 06/11/2002 y promulgada parcialmente el 27/11/2002. Publicada en el Boletín Oficial n° 30036 de fecha 28/11/2002.

normas allí dispuestos sobre toda otra norma local que se oponga (cfr. art. 4, ley n° 25.675).

Por su parte, en su art. 8, la LGA establece cuales son los instrumentos de política y gestión ambiental; entre ellos designa a la evaluación del impacto ambiental (inc. 2) cuyo abordaje se realiza a través de los arts. 11 a 13 de la mencionada ley.

En materia de información resulta necesario destacar que la LGA tiene dos normas medulares para resolver la presente cautelar. Así, por una parte el art. 16 de la LGA establece que “[l]as personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”. A su vez, el art. 18 de la ley dispone que “[l]as autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales o proyectadas”.

En cuanto a la participación ciudadana, la LGA cuenta con normas específicas destinadas a ponerla en valor y, cabe recordar, tales disposiciones en razón del principio ambiental de congruencia, constituyen un piso mínimo de normatividad imperativo para las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

En orden a la participación tiene una especial significancia el art. 19 de la LGA, pues una lectura de mayor escala de la cuestión analizada, que no se atasque exclusivamente en la normativa local, permite una interpretación satisfactoria de la jerarquía de fuentes y un correcto escrutinio de lo que la teoría general del derecho denomina validez. O, dicho de otra forma, esa metodología satisface un control de legalidad objetiva.

El art. 19 de la LGA establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”. Como se observa claramente, que un derecho de tal entidad, es decir, un derecho de participación en los procedimientos administrativos vinculados con el ambiente genera, paralelamente, la obligación de la autoridad administrativa de establecer mecanismos genuinos y plausibles para que se informe a los habitantes de las cuestiones ambientales objeto de futuros o actuales procedimientos administrativos –sin información adecuada no puede haber consulta ni opinión- y, asimismo se debe establecer un espacio institucional consistente para que tales consultas y opiniones sean formuladas, registradas y evaluadas. Ahora bien, si un derecho de participación de tal característica viene a constituirse en un marco de actividad imperativa a tener en cuenta por las autoridades locales, también es cierto que, en razón del principio de democracia participativa establecido en el art. 1° de la CCABA, la participación ciudadana en materia ambiental resulta todavía más necesaria.

Por su parte el art. 20 de la LGA ordena que “[l]as autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública”.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

Lo cierto es que los procedimientos de participación, sean de consultas o por audiencias públicas, no pueden ser sobre una situación consumada, es decir, cuando ya la administración estableció que una actividad no genera efectos negativos o significativos sobre el ambiente, pues ello entonces no viene a ser la participación del pueblo en la toma de decisiones –aun cuando no sean vinculantes- sino la banalización del discurso del porteño o porteña pues al mismo tiempo que se lo recepta, se lo vacía de sentido.

El o la habitante de la Ciudad tiene derecho a que su capacidad enunciativa en materia ambiental sean recibidas en forma oportuna y no cuando ya ha sido transformado en espectador inerte en materia de construcción de sentido de lo que se llama interés público, todos estos aspectos que, precisamente, la democracia participativa pretende neutralizar. Incluso, las autoridades no tienen una obligación meramente pasiva, deben dar fundamentos, en su caso, de por qué se apartan o no siguen las observaciones que los habitantes les formulen en materia ambiental y, además, deben hacer públicos esos fundamentos. Nada de esto parece haber ocurrido en este proceso como trataré al analizar los argumentos que en materia de participación ciudadana exponen el GCBA y la Sra. Fiscala, Dra. Monti.

Por fin, el art. 21 de la LGA ordena que **la participación ciudadana deba asegurarse**, *“principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”*, sin que la LGA distinga entre procedimientos sin relevante impacto o con relevante impacto ambiental, ya que la obligación de asegurar la participación ciudadana –además- es para todo procedimiento administrativo ambiental, siendo el adverbio *“principalmente”*, solo un énfasis no excluyente de otros casos.

VI.2 Según la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁰, *“la participación es un principio fundamental de gobernanza”*. En ese sentido **el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** (en adelante, ACNUDH) considera que *“[e]l derecho a participar en la política y la vida pública es un importante factor de empoderamiento individual y colectivo, y es también esencial para erradicar la marginación y la discriminación. El derecho a la participación está inexorablemente ligado a otros derechos humanos, tales como los derechos de asociación y reunión pacíficas, la libertad de opinión y expresión, y los derechos a la educación y a la información”*.

¹⁰ Disponible para su consulta, web en <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/equalparticipation.aspx>. Fecha de consulta 08/02/2022.

El ACNUDH ha formulado **Directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en la vida pública**¹¹. Entre las premisas que dan fundamento a ese documento se considera que la participación permite promover todos los derechos humanos. Desempeña un papel crucial en la promoción de la democracia, el estado de derecho, la inclusión social y el desarrollo económico. Es esencial para reducir las desigualdades y los conflictos sociales. También se considera que el derecho a participar es importante para empoderar a las personas y los grupos, y es uno de los elementos fundamentales de los enfoques basados en los derechos humanos orientados a eliminar la marginación y la discriminación.

El ACNUDH considera que el logro de una participación significativa requiere el compromiso a largo plazo de las autoridades públicas, junto con su voluntad política genuina, un enfoque en la actuación y un cambio de mentalidad con respecto a la forma de hacer las cosas. Para ayudar a los Estados a hacer este cambio, las directrices proporcionan “un elemento de orientación” sobre la forma en que los Estados deben proceder a la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en la vida pública, como pidió el Consejo de Derechos Humanos en su resolución n° 33/2022. En las directrices se reconoce que los agentes de la sociedad civil, incluidos los medios de comunicación, pueden contribuir a los esfuerzos de los Estados por aplicar las recomendaciones que figuran en el presente documento.

Del mismo modo, el ACNUDH destaca que la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) ofrece nuevas herramientas para la participación, al ampliar el espacio de la participación cívica, y tiene el potencial de promover gobiernos más responsables y que rindan cuentas. La TIC complementa las formas tradicionales de participación, ya que crea nuevas oportunidades para una participación en condiciones de igualdad y significativa. **No obstante, en las directrices también se reconoce que la TIC podría afectar de forma negativa a la participación, por ejemplo, cuando a través de esa tecnología se difunden desinformación y propaganda para confundir a una población o interferir en el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras.**

El mencionado organismo internacional considera que **el derecho a participar en la vida pública está estrechamente vinculado a la plena realización del derecho de acceso a la información** que, como parte del derecho a la libertad de expresión, es un factor que facilita la participación y un requisito previo que garantiza la apertura, la transparencia de las decisiones de los Estados y la rendición de cuentas.

El ACNUDH respecto de la participación de los ciudadanos en contextos no electorales señala que puede lograrse en diferentes niveles que abarcan desde el suministro de información, la consulta y el diálogo, hasta la asociación o la redacción conjunta. Estos niveles se relacionan con el grado de intervención o la “intensidad” de la participación de los titulares de derechos en las diferentes etapas del proceso de adopción de decisiones (a saber, establecimiento del programa, redacción, adopción de las decisiones, aplicación, seguimiento y reformulación). También señala las modalidades de participación, es decir, los instrumentos para facilitar la participación, por ejemplo, a través de sitios web, campañas, comités de múltiples interesados, audiencias públicas,

¹¹ Disponible para su consulta https://www.ohchr.org/Documents/Issues/PublicAffairs/GuidelinesRightParticipatePublicAffairs_web_SP.pdf. Fecha de consulta 08/02/2022.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

conferencias, consultas y grupos de trabajo, pueden variar en función del nivel de participación y de la etapa del proceso de adopción de decisiones. Si bien debe garantizarse la participación en todas las etapas de la adopción de decisiones, no se puede recomendar un conjunto específico de modalidades en todos los contextos.

También el ACNUDH considera que deben establecerse estructuras permanentes oficiales para asegurar que tanto las autoridades públicas como los titulares de derechos comprendan ampliamente, acepten y hagan efectiva de forma sistemática la participación en los procesos de adopción de decisiones. Esas estructuras pueden incluir un órgano de coordinación para la participación en el Gobierno, coordinadores o facilitadores de la participación en los ministerios, consejos, comités o grupos de trabajo y otros órganos conjuntos públicos y de la sociedad civil, o acuerdos marco entre las autoridades públicas y los agentes de la sociedad civil para apoyar la participación. Las estructuras oficiales de participación deben ser accesibles e inclusivas para las personas y los grupos marginados o discriminados, incluidos los de entornos socioeconómicos desfavorecidos, en particular las mujeres y las niñas. Deben establecerse mecanismos permanentes específicos para la participación de grupos que han sido históricamente excluidos, o cuyos puntos de vista y necesidades no se ha atendido de forma suficiente en los procesos de adopción de decisiones, por ejemplo, los pueblos indígenas, las minorías y las personas con discapacidad. **Para asegurar que estos mecanismos y estructuras ofrezcan oportunidades significativas de participación, deben, como mínimo: a) Ser diseñados conjuntamente con los titulares de derechos pertinentes; b) Canalizar imparcialmente en los procesos reales de adopción de decisiones las opiniones de los titulares de derechos interesados; c) Disponer de un presupuesto adecuado y de recursos humanos con conocimientos especializados sobre los distintos grupos cuya participación debe ser alentada y habilitada; d) Ser accesibles, inclusivos, sensibles a las cuestiones de género y representativos.**

El ACNUDH define una serie de medidas para asegurar una participación significativa en las diferentes etapas de la adopción de decisiones y distingue entre la participación antes de la adopción de decisiones, la participación durante la adopción de decisiones y la participación después de la adopción de decisiones. Tomaré en cuenta esas directivas como una guía para el tratamiento de la presente cautelar, y las mencionaré específicamente cuando resulte necesario dar precisiones sobre los aspectos resolutivos específicos.

VI.3 Por su parte en el orden regional y en ejercicio de su función consultiva, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, CIDH) ha

considerado las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal (cfr. **OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017**¹²).

Voy a considerar lo que entiendo son los aspectos sustantivos de la mencionada Opinión Consultiva en función de la cuestión cautelar que debo resolver. Sin embargo, debo hacer la siguiente prevención: la OC-23/17 viene a configurar un punto axial e inicia un cambio de paradigma en el sistema regional de derechos humanos.

La CIDH ratifica su reconocimiento de la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. El tribunal resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La CIDH menciona que los derechos humanos especialmente vinculados al medio ambiente han sido clasificados en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) **los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)**. Tengo para mí que son precisamente la última subclase de derechos mencionados la que corresponde aquí analizar y poner cautelarmente en valor.

En el sentido resaltado precedentemente, es decir, en cuanto a los aspectos procedimentales que en materia ambiental deben garantizarse, es decir, ante todo, acceso a la información y oportunidad real de participación en el proceso de toma de decisiones ambientales, la CIDH subraya en este punto que los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones bajo la Convención Americana con **debida diligencia**. En ese orden la CIDH considera que “[e]l concepto general de debida diligencia en el Derecho Internacional es típicamente asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento, en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico”. La CIDH considera que sobre la base de este deber de debida diligencia reposan la mayoría de las obligaciones en materia ambiental.

Asimismo, la CIDH señala que la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad, así como si afectará o no derechos humanos; y **recomienda que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental** (punto 168, OC-23/17).

En materia de acceso a la información ambiental, la OC 23/17 destaca que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir información, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la

¹² Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf . Fecha de consulta 08/02/2022.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. El actuar del Estado debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. **El acceso a la información de interés público, bajo el control del Estado, permite la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso** y, a su vez, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. En relación con actividades que podrían afectar el medio ambiente, esa Corte resalta que constituyen asuntos de evidente interés público el acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental. En ese orden de ideas la CIDH observa que el acceso a la información también forma la base para el ejercicio de otros derechos. En particular, el acceso a la información tiene una relación intrínseca con la participación pública con respecto al desarrollo sostenible y la protección ambiental (punto 217, OC 23/17).

En cuanto a la obligación convencional de informar en materia ambiental el estándar que precisa la CIDH considera que la información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Asimismo, y con especial mención a las Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Directrices de Bali)¹³, la CIDH determinó que **el acceso a la información ambiental debe ser asequible, efectivo y oportuno** (punto 220, OC 23/17). Permítaseme una digresión: al contrario de lo afirmado por el GCBA y el Ministerio Público Fiscal, no se probó en lo más mínimo que haya existido un acceso a la información ambiental asequible, efectiva y oportuna. Por consiguiente, esas omisiones también determinan que no se garantizó realmente la participación ciudadana, pues la falta de información incide en esta última. Abordaré más adelante el material incorporado por el GCBA y sobre el que pretende considerar probado el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana.

La CIDH realizó un riguroso abordaje sobre el tema de la participación pública y su relación con las cuestiones ambientales. Ante todo, el Tribunal regional señaló que **la participación pública representa uno de los pilares fundamentales de los**

¹³ Adoptadas en Bali el 26 de febrero de 2010 por el Consejo de Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, **la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales.** La CIDH entiende, con apoyo en su jurisprudencia, que **la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable.** El derecho a la participación de los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos se encuentra consagrado en el artículo 23.1.a) de la Convención Americana.

Con respecto a los asuntos ambientales –enfatisa la CIDH–, la participación representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. **Asimismo, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales.**

La CIDH referencia en apoyo de los estándares que propugna la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH y, también, indicó que el derecho de participación pública se ve reflejado en diversos instrumentos regionales e internacionales relacionados al medio ambiente y el desarrollo sostenible, y en las Declaraciones de Estocolmo y de Río y la Carta Mundial de la Naturaleza.

La CIDH consideró que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual **previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante.** Del mismo modo el Tribunal regional estimo, en cuanto el momento de la participación pública, que **el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar el público sobre estas oportunidades de participación.** Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, **así como mecanismos de revisión judicial.**

VI.4 El Acuerdo Regional sobre acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y en el Caribe (Acuerdo de Escazú).

El Acuerdo de Escazú es un tratado internacional, en vigor desde el 22 de abril de 2021. Argentina lo ha ratificado por medio de la **ley nº 27.566**¹⁴. El mencionado instrumento internacional aborda lo que se denominan derechos de triple acceso: a) a la

¹⁴ Sancionada el 24/09/2020 y publicada en el Boletín Oficial nº 34500 de fecha 19/10/2020. El acuerdo se encuentra disponible para su consulta https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/s1800429_es.pdf. Fecha de consulta 08/02/2022.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

información; b) a la participación pública en el proceso de toma de decisiones y, c) a la justicia ambiental. Resulta, un instrumento jurídico de tal pertinencia para abordar la cuestión que llama la atención que ni el GCBA ni la Unidad Especializada en Litigios Complejos del Ministerio Público Fiscal no mencionen o consideren el Acuerdo de Escazú.

El Acuerdo de Escazú, en lo que aquí resulta oportuno y posible analizar por los límites temporales de abordaje que las condiciones de tratamiento urgente del tema cautelar imponen, establece un concreto marco de obligaciones a los Estados para el acceso a la información ambiental, entre los que se exige respetar el principio de máxima publicidad, limitar las posibilidades de denegación de la información ambiental, determinar cuáles son las condiciones para la entrega de la información ambiental donde se impone la máxima celeridad posible para su entrega y gratuidad en su entrega. Se exige que los Estados, a través de las autoridades competentes, generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante, y que se lo haga de manera proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible y que tal información se actualice periódicamente. Se establecen pautas de organización para los sistemas de información ambiental, donde la accesibilidad es subordinante de los criterios organizacionales.

El Acuerdo garantiza la participación del público en cuestiones ambientales. El tema es tratado sustancialmente en el art. 7 del Acuerdo donde se garantiza este derecho por medio de una participación que **debe ser abierta e inclusiva en el proceso de toma de decisiones ambientales**, considerando los marcos normativos internos **e internacionales**. Los mecanismos de participación del público abarcan tanto proyectos como actividades y, también, los procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener efecto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud. Aquí quiero volver a señalar, poniendo en valor el principio de buena fe y los principios precautorios y preventivos establecidos en el propio Acuerdo, que la participación pública también debe realizarse en aquella toma de decisiones administrativas que van a establecer si un proyecto o actividad pueda tener efecto significativo sobre el medio ambiente, pues admitir la intervención solo luego de establecido el tipo de efecto ambiental de un proyecto o actividad es inhibir la puesta en valor de la participación misma que debe ser antes, durante y luego de la toma de decisión de cuestiones que interesen al ambiente.

Por lo expuesto precedentemente, el Acuerdo obliga a que las autoridades competentes adopten medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones *“de manera que las observaciones*

del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones". Asimismo, el procedimiento de participación pública debe contemplar plazos razonables que permitan al público informarse y participar efectivamente y la información debe ser comprensible, oportuna y a través de medios apropiados, tanto escritos como electrónicos u orales.

En la misma dirección, el art. 7 del Acuerdo fija el contenido mínimo de la información ambiental a suministrar, tal como el tipo o naturaleza de la decisión ambiental a adoptar y, cuando sea posible, que esa información se suministre en lenguaje no técnico; debe informarse quién es la autoridad responsable en el proceso de toma de decisiones y qué autoridades o instituciones resultan involucradas; debe precisarse el procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y de finalización de este, los mecanismos previstos para dicha participación, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir mayor información sobre la decisión ambiental de que se trate, y los procedimientos para solicitar la información.

El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluye la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme el contexto de cada proceso y la autoridad competente debe tomar en cuenta el resultado del proceso de participación. El público también debe ser informado debidamente una vez adoptada una decisión y brindarse los fundamentos que la sustentan. La decisión y sus antecedentes deben ser públicos y accesibles. También es deber de la autoridad pública realizar los esfuerzos correspondientes para identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tenga o puedan tener impacto significativo sobre el medio ambiente y debe proveer acciones específicas para facilitar la participación.

Según el art. 7 del Acuerdo, la información ambiental a difundir debe contener al menos la descripción del área de influencia, las características físicas y técnicas del proyecto o actividad propuesto, la descripción de los impactos ambientales del proyecto o actividad, incluso si corresponde la descripción del impacto ambiental acumulativo y de las medidas previstas con relación a esos impactos, debe usarse preferentemente un lenguaje no técnico y comprensible y dar acceso a los informes y dictámenes públicos existentes.

VII. Los elementos aportados por el GCBA para demostrar la participación pública en la toma de decisiones administrativas de la obra "Honorio Pueyrredón".

El aporte del GCBA para demostrar la participación pública en el caso en cuestión no ofrece ninguna evidencia relevante; dicho de otra manera: de acuerdo con los estándares convencionales y documentos internacionales ya analizados, la documentación incorporada no suministra ningún elemento de convicción –aún en este estado inicial– para establecer que se ha garantizado el acceso a la información ambiental y la participación pública, en todo caso, demuestra lo contrario.

En efecto, las comunicaciones interadministrativas o las dirigidas por el Presidente de la Junta Comunal 6 sobre las instancias participativas no son la instancia participativa.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

No se suministra ninguna información de cómo fue realizada la supuesta *“acción de comunicación directa puerta a puerta a los vecinos cercanos de la traza donde se realiza la obra”* el día 10/12/2021, quiénes intervinieron en ese proceso comunicativo, en qué formato se realizó (escrito, oral, etc.), cómo se decidió, quiénes son los *“vecinos cercanos a la traza de la obra”*, es decir, no se sabe cuál es el nivel de cercanía que el GCBA habría considerado para realizar la acción directa, no hay registro de cuántas personas fueron abordadas, duración del encuentro, observaciones o interrogantes que pudieron plantearse y qué se informó en consecuencia. Llama la atención que en una zona de gran densidad de población no se ofrezcan mayores precisiones sobre este aspecto.

Tampoco se indica por vía de qué medios de comunicación, plataformas o redes se pusieron a disposición de los vecinos las casillas de correo electrónico el día 10/12/2021 que se menciona en la presentación realizada por el GCBA¹⁵. Además no se informa el contenido de los 55 correos recibidos en cuánto a qué inquietudes se presentaron y qué respuestas se ofrecieron.

Respecto del zoom realizado el miércoles 5/01/2022 con *“voluntarios y funcionarios de Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana, la Subsecretaría de Transporte y Comuna 6 a la cual asistieron 22 vecinos”*, no se cuenta con elementos que definan cómo fue hecha y difundida la convocatoria, cómo se establecieron las pautas para el administrador del zoom en cuanto a ingreso y egreso, no se cuenta con el registro audiovisual del encuentro.

Tampoco se cuenta con el registro audiovisual de la reunión virtual del día 11/01/2022 con los vecinos integrantes del *“Programa Embajadores Verdes”*, por lo que no se sabe qué se debatió, qué respuestas brindó el demandado, etc.

Asimismo no existen elementos que indiquen como se convocó a la reunión presencial que el Jefe de Gobierno habría mantenido el día 12/01/2022 con vecinos en la Plaza 24 de Septiembre, no se sabe qué se debatió ni qué inquietudes u observaciones se realizaron, tampoco se puede constatar la cantidad de participantes o la duración del encuentro.

En cuanto a la reunión virtual con organizaciones integrantes de la Red de Economía Circular de la Ciudad de Buenos Aires, que se habría realizado el día 13/01/2022, al no contar con el registro audiovisual de dicho encuentro no se sabe para qué se convocó y qué se trató en esa reunión.

¹⁵ v. actuación n° 48091/2021, página 10.

En relación al envío de un mail desde la cuenta *infovecinos@buenosaires.gob.ar*, se desconoce su texto pues el GCBA no aportó nada sobre su contenido. Tampoco informó sobre las respuestas que dice haber recibido de 150 vecinos.

Tampoco hay constancias de la presencia de un equipo técnico del Ministerio de Espacio Público e Higiene Urbana en la zona de la obra, el que se hallaría en una mesa ubicada en la zona, sin que se informe concretamente lugar, horarios, cantidad y composición del equipo, si registra los planteos de los vecinos y qué y cómo brindan la información correspondiente.

Sobre los archivos con imágenes digitales con los que el GCBA procura probar que garantizó la participación pública, el primero de esos archivos se trata de una carpeta denominada “*Reuniones con los vecinos*”¹⁶ que contiene once (11) fotografías. Nueve (9) fotografías están centradas en la figura del Jefe de Gobierno, algunas son primeros planos, el resto permite ver la concurrencia de un número de personas, aproximadamente unas cien, sin que se pueda establecer a partir de las imágenes ningún aspecto relativo al propósito de la convocatoria, sector o vecinos convocados, información suministrada, observaciones y respuestas ofrecidas por las autoridades presentes. Estas fotografías, al carecer de contexto y explicación, están desprovistas de valor semiótico, solo se percibe una técnica de encuadre, ciertas poses o una simple retórica de los gestos. No constituyen un enunciado acerca del mundo, ni siquiera una miniatura de la realidad.

El segundo grupo de imágenes¹⁷ está basado en imágenes de la aplicación *whatsapp* sin que se pueda establecer el propósito y forma de la convocatoria ni el contenido del debate ni número de participantes. En la mayoría de las imágenes aparece una persona llamada Cecilia Segal que, según surge del expediente administrativo, sería la Directora de Regeneración Urbana¹⁸. Igual suerte corre la carpeta incorporada “*Inicio de obra enero 2022 y charla con los vecinos del lugar*” por la cual se acompañan treinta y cuatro (34) fotografías¹⁹. Eso es todo. La inverificabilidad derrumba cualquier capacidad evocativa de estas imágenes.

En conclusión, a diferencia del GCBA y de la Sra. Fiscal, considero que no se han cumplido con los estándares ambientales en materia del derecho de acceso a la información y participación ciudadana pues ninguno de los elementos de prueba analizados evidencia un mínimo de rigurosidad y efectividad para tener por garantizados esos derechos humanos.²⁰

¹⁶ Documentación que se encuentra digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDX-mAz>, archivo titulado “*Reuniones de Vecinos*”.

¹⁷ Documentación que se encuentra digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDX-mAz>, archivo titulado “*Capturas de pantalla-Reunion con vecinos 5-1-22*”.

¹⁸ A modo de ejemplo, v. NO-2021-39264194-GCABA-DGRU de fecha 23/12/2021 digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz>, archivo titulado “*EX-2021-27583940-GCABA-APRA Unificado*”, página 6.

¹⁹ Documentación que se encuentra digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDX-mAz>, archivo titulado “*Inicio de obra enero 2022 y charla con los vecinos del lugar*”.

²⁰ Para los niveles de escrutinio jurisdiccional respecto de la garantía de acceso a la información y participación pública constituyen un inapreciable ejemplo a seguir los fallos de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en las causas A. 75.276, “Mancuso Antonio c/Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible OPDS s/amparo”, sent. de 24/06/2020; A. 74.954, “Mancuso Antonio c/Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible OPDS s/amparo”, sent. de 23/02/2021 y A. 75.580, “Mancuso Antonio c/Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible OPDS s/amparo”, sent. de 26/05/2021.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

No se ha demostrado que el GCBA y la Comuna 6 hayan garantizado oportunidades para la participación efectiva, desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones, y que hayan informado debida y proactivamente a los vecinos sobre estas oportunidades de participación. Tampoco se cuenta con ningún elemento que indique qué observaciones, preguntas o cuestionamientos se han formulado en los supuestos encuentros virtuales o presenciales y qué respuestas se han emitido.

La CIDH considera que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual **previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante**. Del mismo modo el Tribunal regional estima, en cuanto el momento de la participación pública, que **el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar el público sobre estas oportunidades de participación**.

Lo mismo corresponde decir de los documentos que emanan de la Comuna 6²¹ ya que no se cuenta con ningún registro para evaluar las supuestas audiencias virtuales y la convocatoria, que solo habrían sido realizadas por redes sociales, sin que haya prueba de ello. Por otro lado la exclusividad de convocar solo por redes sociales virtuales genera problemas para los sectores que están alcanzados por el denominado sesgo digital.

En cuanto al cuadro informativo acompañado en las actuaciones administrativas²² que indica la realización de cinco (5) reuniones, cuatro (4) serían virtuales (los días 29/09; 30/09; 1/10 y 09/12) y una (1) presencial en la Sede Comunal (02/12), tampoco se cuenta con elementos para establecer las condiciones de su convocatoria, duración, y resulta imposible fiscalizar el contenido de tales encuentros. Por otro, destaco que el número total de vecinos que habrían participado aparece como insignificante frente a la densidad poblacional de la zona involucrada en la obra.

²¹ v. documentación digitalizada disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/A5peS8wD597gHpS>, archivo identificado como "EX 2021-22595447-GCABA-DGRU, orden 27 "0027-NO-2021-22612615-GCABA-COMUNA6". De allí surge que "...en mi carácter de Presidente de la Junta Comunal N°6, a los fines de comunicar que se tomó conocimiento de lo manifestado en la Comunicación Oficial de referencia y esta repartición presta conformidad con la realización de la obra `PARQUE LINEAL – HONORIO PUEYRREDÓN". Fdo Federico Daniel Ballan (Presidente Junta Comunal).

Asimismo resulta oportuno mencionar la documentación digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz>, archivo titulado "Documentación escrito 1-2-22", sub-archivos "IF-2022-05293253-GCABA-COMUNA6" y "NO-2022-05295813-GCABA-COMUNA6".

²² v. documentación digitalizada y disponible en el link <https://drive.juscaba.gob.ar/s/cNHZ2nTHzZDXmAz>, archivo titulado "Documentación escrito 1-2-22", sub-archivo "IF-2022-05293634-GCABA—COMUNA6".

VIII. Aspectos de legalidad que ponen en crisis la presunción de validez de los actos administrativos realizados.

Un somero control de legalidad de los actos administrativos involucrados, indican que estarían en colisión con normas legales. En efecto, de acuerdo con el Pliego de Bases y Condiciones, aprobados por Resolución 2021-24-GCABA-SSPURB de fecha 22 de septiembre de 2021 se observa en el Pliego De Especificaciones Técnicas Particulares, cuando se definen las características de la propuesta (punto 4.0.2) la transformación de una calle de circulación de vehículos en una calle de convivencia. En efecto, se indica: *“La mano oeste se transformará, generando un espacio verde continuo en los dos carriles más próximos al boulevard y una calle de convivencia de acceso para frentistas en el carril más próximo a la vereda. Esta calle de convivencia correrá en sentido sur-norte entre las calles Neuquén y Ampere; y sentido norte-sur entre la Av. San Martín y la calle Ampere. En las intersecciones se propone nivelar las bocacalles de esta mano para generar una continuidad peatonal entre las distintas cuadras del nuevo parque y la calle de convivencia”*.

El punto 4.2.4 del Pliego se refiere a la demolición de asfalto para ejecución de calle de convivencia nivelada y ensanches de veredas, aspectos que, también, son complementados por otros puntos del Pliego.

Ahora bien, según la ley de tránsito de la Ciudad (ley n° 2148²³, cfr. incorporaciones introducidas por la ley n° 4026), calle de convivencia es aquella destinada preferentemente a la circulación peatonal, donde se admite la circulación restringida de vehículos. Y aquí aparecería un escollo jurídico que pondría en crisis, aun en esta etapa temprana del proceso, la legalidad de los actos administrativos vinculados con el proyecto, en particular en cuanto conceden la posibilidad de transformar una vía de circulación de vehículos en una calle de convivencia pues el art. 6.9.6 de la ley de tránsito dispone que el carácter de calle de convivencia a una arteria o tramo de la misma debe disponerse por Ley.

No observo que tal requisito se haya satisfecho, por lo que aun cuando los actos administrativos gozan de presunción de validez, y el desarrollo del proceso -a través del debate- puede aclarar aspectos dudosos, en el marco cautelar aprecio que tal presunción de validez no logra sostenerse. En este punto, la posible afectación de la división de poderes cuando se trata, además, de una cuestión ambiental, exige un nivel de precaución mayor en la definición, aun provisoria, del marco legal aplicable.

Asimismo, aparece otro problema. La avenida Honorio Pueyrredón es una calle, las calles pertenecen al dominio público (inc. f, art. 235, CCyCN). Ahora bien, parece plausible avizorar que el proyecto de obra en cuestión provocaría una modificación del uso del dominio público debido a las modificaciones que introducirá sobre la traza de la calle mencionada y a lo largo de varias cuadras. De tal manera que se presentaría la necesidad de realizar una audiencia pública obligatoria según lo prescribe el art. 63 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, audiencia pública que debería hacerse bajo el marco de la ley n° 6²⁴ y ser llevada a cabo por el Poder Ejecutivo y la Comuna involucrada al tratarse de un tema de competencia concurrencial (cfr. art. 11, ley 1777).

²³ Sancionada el 16/11/2006 y publicada en el Boletín BOCBA n° 2593 de fecha 27/12/2006.

²⁴ Sancionada el 05/03/1998, promulgada el 24/03/1998 y publicada en el B.O.C.B.A n° 420 el 03/04/1998.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

En este punto estimo que debe garantizarse cautelarmente el derecho de acceso a la información y de participación pública con respecto de las normas convencionales y legales pertinentes, y hacerse una audiencia pública. Por otro lado, queda el tema de la ausencia de ley que apruebe la modificación de la vía que transforma en una calle de convivencia una parte de la calle Honorio Pueyrredón. Ese requisito, no es de mi resorte satisfacerlo ni ordenarlo.

No obstante ello dispondré librar oficios por Secretaría a fin de poner en conocimiento de lo resuelto a las Comisiones de la Legislatura porteña: *Tránsito y Transporte; Descentralización y Participación Ciudadana, Protección y Uso del Espacio Público y Ambiente*, los que serán remitidos vía correo electrónico a las casillas que surge de la página web de la Legislatura²⁵.

IX. Como consecuencia de todo lo aquí expuesto habré de ordenar cautelarmente (cfr. art. 189 CCAyT, art. 32 ley n° 25.675 y art. 8.3.d del Acuerdo de Escazú):

a) Suspender la ejecución del proyecto "PARQUE LINEAL-HONORIO PUEYRREDON" conforme fuera aprobado por RESOL/2021-24/GCABA/SSPURB de fecha 22/09/2021 y RESOL/2021/40/GCABA/SSPURB de fecha 14/12/2021 y de aquellos actos administrativos vinculados con su ejecución;

b) Disponer que, sin perjuicio de la suspensión de las obras, el Poder Ejecutivo adopte las medidas necesarias para mantener la seguridad vial y peatonal si fuere necesario, debido a la existencia de posibles obradores, vallas, materiales o maquinarias, etc.

c) Ordenar que, tanto el Poder Ejecutivo como la Junta Comunal de la Comuna 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convoquen a Audiencia Pública Temática respecto del cambio de uso en dominio público y la cuestión ambiental, ello en los términos de los artículos 9, 10 y 11; y los artículos 14, 15 y 16, respectivamente, de la ley n° 6 y art. 7 del Acuerdo Escazú.

d) Formulada las convocatorias a las audiencias respectivas, el Poder

²⁵ **Tránsito y Transporte:** comtransito@gmail.com (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/transitoytransporte>, fecha de consulta 09/02/2022).

Descentralización y Participación Ciudadana: comdeslegislatura@gmail.com (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/descentralizacionyparticipacionciudadana>, fecha de consulta 09/02/2022).

Protección y Uso del Espacio Público: espaciopublico@legislatura.gov.ar (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/proteccionyusodeespaciopublico>, fecha de consulta 09/02/2022).

Ambiente: carolina.flores@legislatura.gov.ar (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/ambiente>, fecha de consulta 09/02/2022).

Ejecutivo y la Comuna deberán comunicar de inmediato los datos del expediente al que se refiere el art. 42 de la ley n° 6 y dar acceso informático al público para la consulta del trámite.

e) En razón de los protocolos que rigen en materia de salud en razón del virus COVID-19, las autoridades convocantes podrán sustituir los lugares de convocatoria previstos por el art. 43 de la ley 6, por espacios abiertos y debidamente acondicionados para realizar las audiencias.

f) Oportunamente deberá adjuntarse a este juzgado el registro taquigráfico y el registro audiovisual previsto en el art. 55 de la ley n° 6, o facilitar su acceso informático. Se deberá cumplir con las demás normas correspondientes de la ley n° 6.

g) Ordenar que se garantice al público el debido acceso a la información ambiental en los términos de la ley n° 6, y según los estándares establecidos en el Acuerdo de Escazú²⁶, las Directrices para los Estados sobre la puesta en práctica del derecho a participar en la vida pública formuladas por las Naciones Unidas²⁷ y las pautas definidas en la OC-23/17 de la CIDH²⁸.

h) Tanto el GCBA como la Comuna 6 tienen la carga de acreditar fehacientemente en este proceso el cumplimiento de lo dispuesto en cuanto al acceso a la información ambiental y la participación pública a través de las audiencias ordenadas.

X. En cuanto al planteo introducido por el GCBA “...en el hipotético e improbable caso que V.S dé lugar a la medida cautelar, se solicita que previamente se evalúe la calidad de la contracautela ya que la mera caución juratoria no resultaría suficiente, transformándola a una contracautela real, con el monto que S.S estime corresponder en virtud del daño que causaría la puesta en práctica de la medida” toda vez que el presente proceso versa sobre bienes colectivos no resulta procedente el pedido efectuado por la demandada. Por lo tanto corresponde tener por prestada la caución juratoria con la presentación inicial de la parte actora, en tanto y en cuanto la buena fe y la intención de no dañar se presumen. Además, en razón de la vía y los derechos que buscan protegerse, no corresponde extender mayores requisitos a la solicitud de tutela jurisdiccional (cfr. Acuerdo Regional sobre acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y en el Caribe -Acuerdo de Escazú-).

Por lo expuesto, RESUELVO:

1) Hacer lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenar la suspensión de la ejecución del proyecto “PARQUE LINEAL- HONORIO PUEYRREDON” aprobado por RESOL 2021/24/GCABA/SSPURB de fecha 22/09/2021 y RESOL 2021/40/GCABA/SSPURB de fecha 14/12/2021 y de aquellos actos administrativos vinculados con su ejecución.

Asimismo corresponde poner a cargo del GCBA comunicar la suspensión aquí resuelta a la empresa adjudicataria Miavasa S.A, sin perjuicio de lo que se disponga en el último punto del presente resolutivo.

2) Disponer que, sin perjuicio de la suspensión de las obras, el Poder

²⁶ Disponible para su consulta https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/s1800429_es.pdf. Fecha de consulta 08/02/2022.

²⁷ Disponible para su consulta <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/equalparticipation.aspx>. Fecha de consulta 08/02/2022.

²⁸ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Fecha de consulta 08/02/2022.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 15 SECRETARÍA N°29

ASOCIACIÓN CIVIL Y VECINAL S.O.S. CABALLITO POR UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - AMBIENTAL

Número: EXP 253284/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00253284-7/2021-0

Actuación Nro: 151215/2022

SGP

Ejecutivo adopte las medidas necesarias para mantener la seguridad vial y peatonal, si fuere necesario, debido a la existencia de posibles obradores, vallas, materiales o maquinarias, etc.

3) Ordenar que, tanto el Poder Ejecutivo como la Junta Comunal de la Comuna 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convoquen a Audiencia Pública Temática respecto del cambio de uso en dominio público y la cuestión ambiental, ello en los términos de los artículos 9, 10 y 11; y los artículos 14, 15 y 16, respectivamente, de la ley n° 6 y art. 7 del Acuerdo de Escazú.

4) Formulada las convocatorias a las audiencias respectivas, el Poder Ejecutivo y la Comuna deberán comunicar de inmediato los datos del expediente al que se refiere el art. 42 de la ley n° 6 y dar acceso informático al público para la consulta del trámite. El Poder Ejecutivo y la Comuna 6 podrán coordinar la realización conjunta de la Audiencia Temática.

5) En razón de los protocolos que rigen en materia de salud en razón del virus COVID-19, las autoridades convocantes podrán sustituir los lugares de convocatoria previstos por el art. 43 de la ley n° 6, por espacios abiertos y debidamente acondicionados para realizar las audiencias.

6) Oportunamente deberá adjuntarse a este juzgado el registro taquigráfico y el registro audiovisual previsto en el art. 55 de la ley n° 6, o facilitar su acceso informático. Se deberá cumplir con las demás normas correspondientes de la ley n° 6.

7) Ordenar que se garantice al público el debido acceso a la información ambiental en los términos de la ley n° 6, y según los estándares establecidos en el Acuerdo de Escazú, las Directrices para los Estados sobre la puesta en práctica del derecho a participar en la vida pública formuladas por las Naciones Unidas y las pautas definidas en la OC-23/17 de la CIDH.

8) Tanto el GCBA como la Comuna 6 tienen la carga de acreditar fehacientemente en este proceso el cumplimiento de lo dispuesto en cuanto al acceso a la información ambiental y la participación pública a través de las audiencias ordenadas.

9) Librar oficios por Secretaría a fin de poner en conocimiento de lo aquí resuelto a las Comisiones de la Legislatura porteña: *Tránsito y Transporte; Descentralización y Participación Ciudadana, Protección y Uso del Espacio Público y Ambiente*, los que serán remitidos vía correo electrónico a las casillas que surge de la página web de

la Legislatura²⁹.

10) Regístrese, notifíquese mediante cédula electrónica por Secretaría a las partes y, por medio de cédula en soporte papel a confeccionarse por Secretaría al Presidente de la Comuna 6³⁰ y a la adjudicataria Miavasa S.A³¹ y, al representante del Ministerio Público Fiscal mediante vista de las presentes actuaciones y continúe la causa según su estado.

²⁹ **Tránsito y Transporte:** comtransito@gmail.com (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/transitoytransporte>, fecha de consulta 09/02/2022).

Descentralización y Participación Ciudadana: comdeslegislatura@gmail.com (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/descentralizacionyparticipacionciudadana>, fecha de consulta 09/02/2022).

Protección y Uso del Espacio Público: espaciopublico@legislatura.gov.ar (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/proteccionyusodeespaciopublico>, fecha de consulta 09/02/2022).

Ambiente: carolina.flores@legislatura.gov.ar (s. surge de la página web <https://www.legislatura.gov.ar/comision/ambiente>, fecha de consulta 09/02/2022).

³⁰ Se hace saber que la cédula aquí ordenada deberá ser dirigida al domicilio Patricias Argentinas n° 277 CABA (s. surge de <https://www.buenosaires.gob.ar/comuna-6>, fecha de consulta 08/02/2022).

³¹ Se hace saber que la cédula aquí ordenada deberá ser dirigida al domicilio Osvaldo Cruz n° 2500 CABA (s. se desprende del archivo adjunto “EX 2021-24382926-GCABA-DGTALMEPHU” orden 0333 “0333-IF-2021-38339835-GCABA-DGTALMEPHU”).



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

JUZGADO N° 15|EXP:253284/2021-0 CUIJ J-01-00253284-7/2021-0|ACT 151215/2022

Protocolo N° 73/2022

FIRMADO DIGITALMENTE 09/02/2022 11:04



Victor Rodolfo Trionfetti
JUEZ/A
JUZGADO DE 1RA
INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
TRIBUTARIO N° 15

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 5 de abril de 2005.

Vistos los autos: "Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)".

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar, por mayoría, al recurso directo (previsto en el art. 76 de la ley 24.065) interpuesto por Angel Estrada y Cía. S.A. y, en consecuencia, dejó sin efecto la resolución 229 de 1995 dictada por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (confr. fs. 403/418 del expediente administrativo agregado).

En dicha resolución se había rechazado el reclamo de indemnización de los daños y perjuicios planteado en sede administrativa contra Edesur S.A., con motivo de las interrupciones en el servicio de suministro en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas.

Al dejar sin efecto la resolución cuestionada, el tribunal de alzada dispuso que las actuaciones administrativas fueran devueltas al ente regulador para que éste, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere el art. 72, segundo párrafo, de la ley 24.065, procediera a la determinación de la cuantía de la reparación reclamada por la demandante en concepto de alquiler de equipo electrógeno y sueldos abonados al personal.

Contra tal pronunciamiento, el Ente Regulador de la Energía Eléctrica y la Secretaría de Energía y Puertos de la Nación (que había confirmado lo resuelto por el ente al resolver el recurso de alzada previamente deducido por la empresa usuaria) interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a la arbitrariedad del fallo (fs. 205).

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada sostuvo que, no obstante haber intervenido en el caso en ejercicio de las facultades jurisdiccionales previstas en el art. 72 de la ley 24.065, el ente regulador tenía igualmente interés suficiente para ser tenido como parte en el pleito pues, al mismo tiempo, la ley citada le había encomendado la policía del servicio.

Con relación al fondo de la cuestión añadió que, contrariamente a lo que se sostiene en la resolución administrativa impugnada, el art. 78 de la ley 24.065 (en cuanto dispone que los concesionarios serán sancionados con las penalidades previstas en los contratos de concesión) y el punto 5.2 del sub anexo 4 "Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones" del contrato de concesión (en cuanto prevé la aplicación de multas por incumplimiento), no limitaban la responsabilidad de Edesur S.A. al pago de dichas multas como "única y total reparación" debida al usuario. En tal sentido, destacó que el referido punto 5.2 del sub anexo 4 del contrato de concesión celebrado con Edesur S.A. establece expresamente que "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios", y desechó lo argumentado por el ente regulador con relación a que tales daños y perjuicios serían, exclusivamente, los derivados de la responsabilidad extracontractual de la empresa prestadora del servicio.

Por tales razones, estableció que el incumplimiento de la obligación de suministrar fluido eléctrico en las condiciones previstas en el contrato determinaba la responsabilidad de Edesur S.A. no sólo por las multas (ya aplicadas, por resolución 79 de 1994 del ente citado; confr. fs. 476 del expediente administrativo agregado), sino por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios, excepto en el supuesto

Corte Suprema de Justicia de la Nación

de caso fortuito o fuerza mayor.

Como fundamento concurrente, en la sentencia cuestionada también se indicó que la alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora no resultaba oponible a la empresa usuaria, toda vez que la ley 24.240, aplicable a los servicios públicos "domiciliados" (art. 25), prohíbe imponer a los consumidores o usuarios las cláusulas limitativas de responsabilidad incorporadas en los contratos de adhesión. Asimismo, se expresó que el art. 31 de la ley 24.447, al disponer que el importe de las multas aplicadas por los entes reguladores en el cumplimiento de sus funciones de control serían consideradas como recursos presupuestarios, había modificado el destino inicialmente previsto para aquellas, con la consiguiente imposibilidad de que fueran percibidas por los usuarios del servicio.

Por último, la cámara sostuvo que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad tenía plena competencia para pronunciarse acerca de la procedencia y cuantía de los daños y perjuicios reclamados por la firma usuaria en la instancia administrativa. En este sentido, señaló que el art. 72 de la ley 24.065 atribuye al ente jurisdicción para entender en toda controversia derivada del suministro de energía eléctrica y, en su párrafo segundo establece que los usuarios, facultativamente, podrán someter sus reclamos a la jurisdicción del referido organismo (temperamento que había sido concretamente adoptado por Angel Estrada y Cía. S.A. en el caso). En virtud de ello, dispuso que las actuaciones fuesen devueltas al organismo de control, para que éste determinara la cuantía de los daños sufridos por la firma usuaria.

3°) Que los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 140/160 vta. y 166/187 resultan formalmente admisibles, toda vez que en el caso se halla en tela de juicio la inter-

pretación de los preceptos de la ley 24.065, de indudable carácter federal (Fallos: 316:2906; 322:1781 y 323:3949, entre otros), el decreto 1398 de 1992, y el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica aprobado por resolución de la Secretaría de Energía 168 de 1992; así como las cláusulas de la concesión del servicio público de electricidad otorgada por la autoridad nacional con base en aquella ley; y la decisión final del pleito ha sido adversa al sentido que los recurrentes le atribuyen a tales disposiciones (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

4°) Que los agravios expuestos en los aludidos recursos federales conducen a examinar dos cuestiones: a) la alegada limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora que resultaría del art. 78 de la ley 24.065 y del punto 5 y subsiguientes del sub anexo 4 del contrato de concesión celebrado con Edesur S.A. O sea, determinar si la aplicación de las multas previstas en este último instrumento excluye la posibilidad de que el usuario reclame adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión por parte de la empresa distribuidora. Y b) la competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento solicitado por la firma usuaria con fundamento en el derecho de los contratos y las disposiciones legales y reglamentarias que determinan las condiciones que debe reunir el suministro de energía eléctrica.

5°) Que, respecto de la primera cuestión, el art. 78 de la ley 24.065 establece que "las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de

Corte Suprema de Justicia de la Nación

concesión".

En el punto 5.5.1. del sub anexo 4 del contrato se establece que "el Ente aplicará sanciones y multas a la distribuidora cuanto ésta entregue un producto con características distintas a las convenidas (nivel de tensión y perturbaciones). Las mismas se calcularán en base al perjuicio ocasionado al usuario, de acuerdo a lo descripto en el punto 2.2.1, y 2.2. del presente documento". Seguidamente, en el punto 5.5.2. prevé que "El Ente aplicará sanciones y multas a la Distribuidora cuando este preste un servicio con características técnicas distintas a las convenidas (frecuencia de las interrupciones y duración de las mismas)".

Por su parte, el punto 5.2 del sub anexo referido (al que, como se ha dicho, remite el punto 5.5.1.) estipula: "Carácter de las sanciones: Las multas dispuestas, además de ajustarse al tipo y gravedad de la falta, tendrán en cuenta los antecedentes generales de LA DISTRIBUIDORA y, en particular, la reincidencia en faltas similares a las penalizadas, con especial énfasis cuando ellas afecten a la misma zona o grupo de usuarios.

LA DISTRIBUIDORA deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el ENTE dispondrá que LA DISTRIBUIDORA abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta, a los antecedentes de LA DISTRIBUIDORA y en particular a las reincidencias. Las multas individuales deberán guardar relación con el monto de la facturación promedio mensual del usuario.

El pago de la penalidad no relevará a LA DISTRIBUIDORA de eventuales reclamos de daños y perjuicios...".

6°) Que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad

interpreta las mencionadas disposiciones legales y contractuales en el sentido de que ellas limitan la responsabilidad de la empresa distribuidora a las "penalidades previstas en los contratos de concesión", vale decir, a las multas previstas en el sub anexo aludido.

Sostiene, sustancialmente, que dicha limitación se justifica por la misma razón técnica que se explican las limitaciones de responsabilidad consagradas en otros ámbitos, tales como la del transportador marítimo y aéreo, o en el derecho de seguros. Afirma que si además de las multas previstas en el contrato, la concesionaria debiera responder frente a cada uno de los usuarios por los perjuicios derivados de las posibles variaciones en el nivel de tensión o de las inevitables interrupciones en el suministro de energía eléctrica, se quebraría el equilibrio económico de las empresas prestadoras, y la previsión de tales costos redundaría, en definitiva, en un incremento sustancial de las tarifas. Potencialmente, cada interrupción en el suministro de energía eléctrica podría dar lugar a una infinidad de reclamos por los daños individualmente sufridos por los usuarios en su profesión, comercio o industria.

Aduce que, por tal razón, las multas a que se refiere el punto 5 sub anexo 4 del contrato de concesión tienen el carácter de cláusulas penales, cuyo efecto propio es el de limitar el importe de los daños derivados del incumplimiento del contrato de concesión al monto fijado en ellas, de modo que el usuario no puede reclamar más que ese importe (art. 655 del Código Civil).

Por tanto asevera que lo previsto en el punto 5.2, tercer párrafo, del sub anexo referido (en el sentido de que "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios") tiene por único

Corte Suprema de Justicia de la Nación

alcance excluir de la señalada limitación de responsabilidad a los supuestos en que, con motivo de la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, la empresa distribuidora causara un daño a personas distintas de los usuarios del servicio; vale decir, comprende exclusivamente los supuestos de responsabilidad extracontractual.

En sentido análogo agrega que el decreto 1398 de 1992, al reglamentar el art. 56 inc. b. 1.4. de la ley 24.065, dispone que "el régimen de penalidades se establecerá en función del perjuicio económico que ocasione al usuario la prestación del servicio en condiciones no satisfactorias. En consecuencia, la multa por incumplimiento de las normas de calidad de servicio técnico satisfactorio, consistirá en la aplicación de bonificaciones sobre las facturaciones a los usuarios que hayan sido afectados, las que se calcularán en función del costo que representa, para cada grupo de usuarios, la energía no suministrada".

Finalmente destaca que el art. 3, inc. e, del Reglamento de Suministro de la Energía, oportunamente aprobado por la Secretaría de Energía, dispone que "en caso de que se produzcan daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario, provocadas por deficiencias en la calidad técnica del suministro imputables a la distribuidora, y que no puedan ser evitados mediante la instalación en los mismos de las protecciones de norma, la distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo fuerza mayor. La reparación del daño causado, mencionada en el párrafo precedente, no eximirá a la distribuidora de las sanciones regladas en el punto 5 del sub anexo 4, 'Normas de Calidad del Servicio y Sanciones'". Alega que sólo en dicho supuesto (daños a las instalaciones o artefactos de propiedad del usuario) el usuario puede reclamar, además de las multas,

el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos a las instalaciones o artefactos.

Afirma que la determinación de qué es lo debido al usuario y de las consecuencias de la falta de cumplimiento de la prestación se hallan íntegramente reguladas por las normas legales, reglamentarias y las disposiciones contractuales referidas que, para los supuestos de interrupciones y variaciones en los niveles del suministro de corriente eléctrica, no prevén sino la aplicación de multas o bonificaciones excepto en el caso, ya aludido, de los daños causados a las instalaciones o artefactos del usuario. Señala que, mediante la resolución 79 de 1994, el Ente Regulador de la Energía Eléctrica ya había aplicado a Edesur S.A. las multas previstas en el sub anexo 4 del contrato de concesión a raíz de las interrupciones y variaciones en los niveles de tensión que originaron el reclamo de la empresa usuaria, (que totalizaron 122.613,12 pesos más 3.847.230 pesos, por incumplimiento de los niveles de calidad de producto técnico —punto 5.5.1 del sub anexo 4— y de los niveles de calidad de servicio técnico —punto 5.5.2 del sub anexo 4—, respectivamente, que acreditados a los usuarios de la zona, v. fs. 468 del expediente administrativo agregado). Por tanto, sostiene que es improcedente la indemnización de los daños y perjuicios adicionalmente ocasionados a la empresa usuaria (estimados en 163.770 pesos).

7°) Que la inteligencia propuesta por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad no se ajusta a la letra ni al espíritu de la ley ni al contrato de concesión y sus disposiciones complementarias. Sobre el particular es menester destacar que el mencionado art. 78 de la ley 24.065 (al disponer que las violaciones o incumplimientos de los contratos...serán sancionados con las penalidades previstas en los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

respectivos contratos de concesión) remite al texto del respectivo contrato.

El texto del punto **5.2** del sub anexo 4 del contrato de concesión impide considerar a las multas previstas en dicho instrumento como límite de la responsabilidad de la empresa concesionaria por incumplimiento del contrato de concesión, y tampoco permite considerarlas como "cláusulas penales", es decir, determinaciones convencionales de los daños ocasionados a los usuarios.

En efecto, después de establecer que la distribuidora que entregue un producto o preste un servicio con características "distintas a las convenidas" será pasible de las sanciones y multas previstas en el sub anexo referido (puntos 5.5.1 y 5.5.2), el citado punto **5.2** especifica que "la distribuidora deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el Ente dispondrá que la distribuidora abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta...", para inmediatamente añadir que "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios".

Los términos transcriptos indican con claridad que la penalidad de que se trata ha sido prevista para el caso de incumplimiento del contrato de concesión en cuanto a las diferencias en la calidad del suministro que fuera prefijada y, en consecuencia, lo expresado seguidamente respecto de la responsabilidad por eventuales "reclamos por daños y perjuicios" se refiere al mismo supuesto de hecho que, según el texto examinado, justifica la aplicación de penalidades; esto es, el caso de incumplimiento del suministro de energía eléctrica según los parámetros establecidos en el contrato de

concesión y sus especificaciones complementarias.

8°) Que, por lo mismo, tampoco resulta atendible lo argumentado en el sentido de que la frase "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos de daños y perjuicios" contenida en el tercer párrafo del sub anexo 4 se refiere, únicamente, a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la empresa concesionaria (esto es, a los daños ocasionados a terceros no usuarios del servicio con motivo de la ejecución del contrato). Al margen de que, salvo texto expreso en contrario, no es presumible que las partes hayan dedicado las cláusulas del contrato a regular los efectos de relaciones jurídicas extrañas a las nacidas del acuerdo de voluntades, tales previsiones no resultarían oponibles a terceros (Fallos: 284:279); especialmente si se atiende al carácter de principio general del derecho que cabe reconocer al axioma *alterum non laedere* (Fallos: 182:5; 315:689 y 320:1999).

9°) Que, por otra parte, no está de más recordar que los límites a la responsabilidad deben resultar de la letra expresa de la ley, y dichos límites son válidos siempre y cuando el criterio de distinción establecido por el Congreso para fundar la excepción al régimen general obedezca a fines propios de su competencia y la potestad legislativa haya sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido (confr. Fallos: 250:410; 268:415). En el caso examinado, la alegada limitación de la responsabilidad carece de base legal y, en tales condiciones, no tiene sentido especular acerca de cuál hubiera sido el justificativo válidamente elegido por el Congreso de la Nación para exceptuar a las empresas distribuidoras de energía eléctrica de las normas legales que, de manera uniforme, regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos respecto de la ge-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

neralidad de las personas jurídicas.

En otras palabras, en el caso se debate si la empresa concesionaria es responsable por los daños ocasionados por interrupciones y variaciones en los niveles de tensión o si, de conformidad con lo alegado en sede administrativa, el incumplimiento no le resulta imputable, porque obedeció a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. La cuestión se reduce a determinar si (teniendo especialmente en cuenta la naturaleza y modalidades propias con que, según las normas aplicables y el contrato respectivos, debió ser cumplido el suministro de energía) Edesur S.A. es responsable y, en ese caso, si adeuda al usuario los daños e intereses correlativos. El asunto planteado se resuelve con arreglo a los principios del derecho común, cuya vigencia no ha sido desplazada por ninguna otra norma contenida en el estatuto legal específico que regula la prestación del servicio de electricidad. Ya se ha expresado que el art. 78 de la ley 24.065 (en cuanto dispone que los incumplimientos de los contratos de distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los contratos de concesión) no sólo no excluye la vigencia de las normas generales que regulan la responsabilidad contractual sino que, además, remite al texto del contrato que deja a salvo los eventuales reclamos por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la provisión de energía en las condiciones debidas. El Reglamento de Suministro, aprobado por resolución de la Secretaría de Energía 168 de 1992, se limita a determinar una de las hipótesis de responsabilidad de la empresa distribuidora, esta es, el resarcimiento de los daños producidos a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario provocados por deficiencias de la calidad técnica del suministro imputables a dicha empresa.

Pero sus previsiones no son taxativas, pues no es admisible entender que las normas estatutarias que regulan el servicio público de que se trata derogan las normas del derecho común, salvo que el Congreso expresamente hubiera dispuesto lo contrario o cuando la subsistencia de las normas preexistentes fuese tan repugnante al estatuto legal que lo privara de eficacia; esto es, que lo inutilizara (confr. Nader vs. Allegheny Airlines, 426 U.S. 290 y su cita —204 U.S. 437-).

10) Que, de manera coincidente, el ente regulador argumenta que aceptar la responsabilidad de la distribuidora más allá de las multas prefijadas en el contrato de concesión y sus anexos, significaría un sobre costo que, inevitablemente, redundaría en un incremento en el precio del servicio prestado a los usuarios. Sobre el particular cabe advertir que las bases para la fijación de las tarifas se hallan establecidas por el art. 40 y subsiguientes de la ley 24.065. En cuanto interesa al caso, tales normas establecen que las tarifas de los servicios suministrados por los distribuidores serán justas y razonables, de manera que proveerán a quienes operen en forma económica y prudente la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables, las amortizaciones, y una tasa de rentabilidad justa. Ninguna de tales disposiciones permite que las consecuencias de las eventuales faltas de diligencia en que incurriesen las empresas concesionarias puedan ser tenidas en cuenta y cargadas al precio del servicio respectivo, toda vez que la tarifa debe satisfacer exclusivamente los costos en que aquellas hubieran prudentemente incurrido con el objeto de satisfacer la prestación debida a los usuarios.

11) Que, respecto de la segunda cuestión planteada en el caso (confr. considerando 4°, b), relativa a determinar

Corte Suprema de Justicia de la Nación

si el Ente Nacional Regulador de la Electricidad tiene facultades para resolver el reclamo de daños y perjuicios interpuesto por Angel Estrada y Cía. S.A. en los términos expuestos, la Secretaría de Energía se agravia de lo resuelto en la sentencia apelada por considerar que la competencia atribuida por la ley 24.065 al ente regulador se limita exclusivamente a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual, y a la imposición de las sanciones establecidas en el contrato respectivo. Sostiene que la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios reclamados por el usuario constituye materia ajena a la jurisdicción del ente y, al estar regida por el derecho privado, compete a los jueces ordinarios (fs. 149/150 vta.).

12) Que para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el art. 72 de la ley 24.065 es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111 y 1036, y sus citas). En consecuencia, la atribución de dirimir todas las controversias de contenido patrimonial que se susciten entre particulares con motivo del suministro de energía eléctrica debe ser entendida con el alcance derivado de la doctrina de Fallos: 247:646 y, la más próxima de Fallos: 321:776. De conformidad con ellas, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (v. Jorge Tristán Bosch: "¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos Para Juzgar a La Administración Pública?". Víctor Zavalía Editor, 1951; págs. 55 a 64, y 160) prohíbe en todos los casos

al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

13) Que conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de E.E.U.U.) se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (confr. doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*, 204 U.S. 426; *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*, 412 U.S. 645).

Por el contrario, la Suprema Corte de los Estados Unidos entendió que el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias. Así, en el caso *Nader v. Allegheny*

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Airlines, Inc. (426 U.S. 290, 306), dicha Corte estableció que no correspondía someter a la jurisdicción primaria de la Civil Aeronautics Board (CAB) la determinación de si una línea aérea había incurrido en un engaño fraudulento al no informar que podía "sobrevender" sus vuelos e impedir el embarque de pasajeros con reservas confirmadas. En este sentido, la Corte argumentó que no justificaba someter este tema a la jurisdicción primaria de la CAB, desde que para resolver el caso no se necesitaba contar con la experiencia y especialización de dicha agencia. Agregó que "la aplicación de los estándares que rigen una demanda por prácticas fraudulentas corresponde a la competencia convencional de los tribunales ordinarios" y que "el criterio técnico de un cuerpo experto no parece ser útil para la aplicación de estos estándares a los hechos del caso".

Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran "el corazón" de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas (confr. casos "Texas & Pacific Railway" y "Far East Conference", citados precedentemente y United States v. Western Pacific Railroad, 352 U.S. 59).

Según estos principios, en el caso de autos estarían sujetas a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados en la primera parte del art. 72 de la ley 24.065, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio. Lo mismo cabe decir de los supuestos enunciados en el Reglamento de Suministros aprobado por la resolución 168/1992 de la Secretaría de Energía y sus modificatorias cuando, facultativamente, los usuarios optasen por la jurisdicción del ente regulador en los

términos del segundo párrafo del art. 72 ya citado. Es que la denominada "jurisdicción primaria" de las agencias administrativas comprende los conflictos que originalmente corresponden a la competencia de los jueces ordinarios, pero que en virtud de la existencia de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo (confr. "United States v. Western Pacific Railroad", citado precedentemente), con la salvaguarda de que la palabra final sobre la validez de las órdenes o regulaciones dictadas por aquél siempre compete a los jueces ordinarios.

14) Que es relevante añadir que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas.

En consecuencia, dada la sustancial analogía existente entre las facultades atribuidas por el art. 72 de la ley 24.065 al Ente Regulador de la Energía Eléctrica (para

Corte Suprema de Justicia de la Nación

resolver "todas la controversias" que se susciten con motivo del suministro de energía eléctrica) y las otorgadas por el art. 66 de la ley 24.076 al Ente Nacional Regulador del Gas (para dirimir "todas las controversias" que se susciten con motivo de la captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización del gas), es pertinente extender al caso la doctrina de Fallos: 321:776. De conformidad con ella, la decisión del conflicto relativo a la venta y adquisición de las instalaciones de distribución de gas, por importar una determinación sobre el derecho de dominio sobre éstas, se halla excluida de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador del Gas (confr. considerando 7°). De la misma manera, la determinación y condena al pago de los daños y perjuicios eventualmente derivados del incumplimiento del contrato celebrado con el usuario debe considerarse fuera de la jurisdicción especial atribuida al Ente Nacional Regulador de la Electricidad por el art. 72 de la ley 24.065.

15) Que, de manera general, la expresión "toda controversia" contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el art. 72 de la ley 24.065. Ello es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, al margen de que una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador sobre el punto carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme

las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. En suma, que su intervención resultaría estéril, pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria.

16) Que a lo expuesto cabe agregar que la controversia planteada en el caso se reduce a determinar si la empresa distribuidora es responsable o si, por el contrario, el incumplimiento de la obligación de suministrar corriente eléctrica no le resulta imputable. Claro está que ello supone establecer la existencia de las interrupciones y variaciones de niveles de tensión, así como las condiciones que, según el contrato de concesión y las reglamentaciones dictadas por el ente, debía reunir el suministro en cuestión, esto es, definir el contenido concreto de la prestación y el estándar de diligencia exigible a la empresa distribuidora en la prestación del servicio (confr. el criterio seguido en Fallos: 258:322). Tales extremos, aunque involucren aspectos técnicos, son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, toda vez que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento. Sobre el particular cabe destacar que, en las actuaciones administrativas, Edesur S.A. alegó la existencia de caso fortuito y fuerza mayor, derivados del anegamiento de una parte de la zona de emplazamiento del conductor subterráneo de energía como consecuencia de una inundación (fs. 302 a 309 del expediente administrativo agregado) y negó la existencia del perjuicio invocado por el usuario; de modo que el conflicto debe resolverse por aplicación de los principios contenidos en

Corte Suprema de Justicia de la Nación

la legislación común, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del contrato de concesión y las reglamentaciones administrativas que especifican el contenido y las modalidades de la prestación debida al usuario.

Al respecto cabe advertir que el art. 2 de la ley 15.336 establecía que la electricidad es una cosa susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan las leyes comunes en cuanto no se opongan a la presente. Por otra parte, los arts. 6°, 9° y 88 de la ley 24.065 hacen inequívoca referencia a los "contratos de suministro" celebrados con los usuarios (confr., además, Fallos: 315:1883). En tales condiciones, es decir, frente al texto positivo de las normas citadas, carece de relevancia adentrarse en la discusión teórica relativa a si la relación entre el usuario y el concesionario es o no de carácter contractual (confr. Gastón Jèze: "Principios Generales del Derecho Administrativo", T. IV, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1950. T° IV, págs. 379 a 390, esp. nota 376).

Toda vez que la materia del reclamo está constituida por los daños individualmente experimentados en el patrimonio del usuario como consecuencia del suministro insuficiente de energía eléctrica, resulta claro que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo. Por ello (sin perjuicio del indudable valor probatorio que revisten las actuaciones administrativas tramitadas ante el ente regulador) tiene razón la Secretaría de Energía en cuanto a que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad carece de competencia para dirimir el conflicto planteado en autos con arreglo a los principios contenidos en la legislación común (confr. Nader v. Allegheny Airlines, 426

U.S.290). No toda disputa imaginable debe ser sometida a la agencia de la administración porque, de modo periférico, ésta tenga algo que ver con alguna de las partes.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: No hacer lugar a la presentación de fs. 219/255 por no darse ninguno de los supuestos previstos en los arts. 90, inc. 1º; y 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; declarar admisibles los recursos extraordinarios, confirmar la sentencia en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora —con el alcance expresado en los considerandos pertinentes—, y revocarla en tanto confiere competencia al Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Imponer a éste las costas generadas por su recurso y distribuir por su orden las provocadas por el recurso del Estado Nacional (Secretaría de Energía). Notifíquese y, oportunamente, remítanse. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (según su voto)- CARLOS S. FAYT (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia parcial)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA

VO -//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CESAR
BELLUSCIO

Considerando:

1°) Que Angel Estrada S.A. solicitó al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) que, con sustento en lo dispuesto en la cláusula 5.2, segundo párrafo, del sub anexo 4 del contrato de concesión de la Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR), aprobado por la resolución 170/92 de la Secretaría de Energía Eléctrica (normas de calidad del servicio público y sanciones), aquélla le resarciera los perjuicios sufridos en concepto de alquiler de equipo electrógeno y sueldos abonados al personal como consecuencia de la baja tensión y los cortes reiterados de suministro de energía eléctrica ocurridos entre el 23 de noviembre de 1993 y el 7 de enero de 1994 en una planta industrial que posee en la Provincia de Buenos Aires.

2°) Que el organismo regulador dictó la resolución 229/95 en la que expresó —en lo que aquí interesa— que para el caso de interrupciones del suministro de energía eléctrica, la distribuidora debía pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación; en cambio, por las alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad comprendía el pago a los usuarios de las multas y la reparación de los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de dichas alteraciones.

Destacó que la sanción por incumplimiento respecto de la calidad del servicio entre el 1° de septiembre de 1993 y el 28 de septiembre de 1994 había sido aplicada a EDESUR mediante la resolución ENRE 79/94, que estableció una multa cuyo importe debía ser acreditado sobre la facturación de los usuarios. En consecuencia, rechazó el reclamo de la empresa.

3°) Que la empresa impugnó ese acto mediante el

recurso de alzada que fue resuelto por la Secretaría de Energía y Puertos mediante la resolución 71/96, por la que confirmó la decisión del ente, con sustento en los mismos fundamentos de esta última.

4°) Que contra ambas decisiones Angel Estrada interpuso recurso directo en los términos del art. 76 de la ley 24.065 ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la que, por su Sala I, decidió, por mayoría, declarar la nulidad de las resoluciones citadas y remitir las actuaciones al ente a fin de que decidiera sobre el reclamo de daños y perjuicios formulado por Angel Estrada S.A.

Contra esa sentencia, ambos organismos estatales interpusieron recursos extraordinarios (fs. 141/160 y 166/187), que fueron concedidos en lo atinente a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a la arbitrariedad del fallo (fs. 205).

5°) Que en lo referente a la admisibilidad de los recursos extraordinarios, cabe remitirse a lo expresado por el señor Procurador General en el dictamen que antecede, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Del mismo modo corresponde proceder respecto de los argumentos de la sentencia apelada —mayoría y disidencia— y de los recursos extraordinarios interpuestos, que han sido adecuadamente reseñados en el citado dictamen.

6°) Que en la tarea de esclarecer el alcance de normas de naturaleza federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes ni por los aportados por la cámara, sino que le incumbe efectuar una declaración del punto en disputa de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 317:1770; 318:554 y 1986 y 319:1201, entre otros).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

7°) Que la cuestión propuesta se centra en dilucidar si el ENRE —en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le atribuye el art. 72 de la ley 24.065, en cuyos términos el apelante realizó su presentación inicial ante el organismo (fs. 7 del expte. adm.)— resulta competente para resolver respecto de controversias de daños y perjuicios planteadas por los usuarios contra las distribuidoras del suministro de energía eléctrica. La respuesta a este interrogante decidirá la suerte de los agravios vertidos por las recurrentes.

8°) Que corresponde señalar en primer lugar que en el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino, antes bien, como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita (confr. Fallos: 254:56; 307:198).

9°) Que asimismo esta Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (Fallos: 234:715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, Fallos: 290:237).

10) Que si bien este Tribunal ha reconocido el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos (Fallos: 247:646; 253:485; 301:1103), ello debe responder a razones como lograr una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento del conocimiento

y la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, así como la uniformidad y la coherencia en la regulación de la materia confiada al ente administrativo.

11) Que sentado lo expuesto cabe examinar cuál es la competencia atribuida al ENRE. En este sentido, el art. 54 de la ley 24.065 le encomienda llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el art. 2° de la ley.

A su vez, el art. 56 enumera las funciones y facultades del organismo mencionado y de alguna manera resume sus atribuciones en el inc. s, señalando que "el ente tendrá las siguientes funciones y facultades:... En general, realizar todo otro acto que sea necesario para una eficiente y económica aplicación de la presente ley".

Por su parte, el art. 72 de la ley dispone que deberá someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad", y que "es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados...por iguales motivos que los enunciados en este artículo el someterse" a esa jurisdicción.

Finalmente, los arts. 56 inc. o y 78 de la ley 24.065 y el sub anexo 4 del contrato de concesión atribuyen competencia al ENRE para imponer las sanciones previstas en esa norma, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión.

12) Que de las reseñadas disposiciones no resulta que el legislador haya querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, pues el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse, sustancialmente, por aplicación de normas de derecho común.

13) Que distinta es la situación que se plantea respecto de la competencia atribuida al ENRE para imponer sanciones, pues ella está ceñida a la comprobación, determinación de la falta y fijación de su monto, conforme a las pautas establecidas por vía reglamentaria y contractual. Es por ello que esas cuestiones pueden ser resueltas incluso por quienes no sean abogados, como sucede en la mayor parte de los casos de los miembros del directorio del ente regulador.

14) Que tampoco concurren aquí las razones que conducen a que un ente administrativo ejerza funciones jurisdiccionales, pues no se advierte que sea preciso contar con una especial idoneidad en la materia regulada para resolver controversias del tipo de las planteadas, ni que sea deseable y aun posible acceder a uniformidad en las decisiones que se adopten las que, en razón del carácter de las pretensiones resarcitorias y las distintas situaciones de hecho, son por naturaleza variables en cada caso. En consecuencia, tampoco puede entenderse que de las normas surja en forma implícita esa competencia, pues no juega en el caso el principio de la especialidad para definir aquélla, conforme al cual los organismos públicos sólo pueden actuar para cumplir los fines asignados por el ordenamiento, aun cuando la atribución no surja expresa de aquél.

15) Que en estos términos, habida cuenta de las reglas que rigen la competencia en el ámbito administrativo y la finalidad de la atribución del ejercicio de funciones ju-

jurisdiccionales a organismos que actúan en ese ámbito, de los preceptos de la ley 24.065 surge que la resolución de cuestiones sobre daños y perjuicios sufridos por los usuarios respecto de las distribuidoras de energía eléctrica supera manifiestamente la competencia atribuida al ente regulador por el ordenamiento jurídico.

16) Que a lo expuesto se agrega que la validez constitucional del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos se halla condicionada a diversos recaudos, entre ellos, la existencia de garantías formales de independencia y neutralidad.

17) Que, en este sentido, son aplicables al ENRE las consideraciones vertidas respecto del Ente Nacional Regulador del Gas en el precedente de Fallos: 321:776, en cuanto a que el régimen de la ley 24.065 —conf. arts. 57, 58 y 59 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente— no alcanza para categorizarlo como tribunal administrativo y su competencia debe ser ejercida con las limitaciones que surgen del art. 72 de la ley.

18) Que por lo expuesto el ENRE, al dictar la resolución 229/95, por la que rechazó la pretensión de pago de daños y perjuicios formulada por Angel Estrada S.A., respetó el límite de las atribuciones que le confiere el marco regulatorio y contractual de la energía eléctrica y, en este aspecto, su decisión es jurídicamente irreprochable.

Por las consideraciones expuestas debe revocarse la sentencia apelada en cuanto atribuyó competencia jurisdiccional al ente para entender en las cuestiones vinculadas con la reparación de daños y perjuicios sufridos por los usuarios del servicio público de distribución de energía eléctrica.

19) Que en cambio, tal como señaló el juez de cámara que votó en disidencia (fs. 111), excedió el ámbito de

Corte Suprema de Justicia de la Nación

competencia del organismo regulador —vicio que se proyecta sobre la resolución de la Secretaría de Energía y Puertos que confirmó la decisión de aquél— lo resuelto en cuanto a que en caso de interrupciones del suministro la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión "como única y total reparación" (fs. 417 del expte. adm.).

20) Que la afirmación del ente es contraria además a lo dispuesto en el contrato de concesión, que determina la responsabilidad de la distribuidora por "todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de éstos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas" (art. 24), en cuyo caso el ente regulador podrá aplicar las sanciones previstas en el sub anexo 4 (art. 36) y el tercer párrafo de la cláusula 5.2 de dicho sub anexo (normas de calidad del servicio público y sanciones) según el cual el pago de las penalidades impuestas por el ente a las distribuidoras en los casos de "incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales" no releva a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios, normas que no establecen distinción alguna en punto al derecho de los usuarios a solicitar el pago de daños y perjuicios en toda la extensión del daño que hayan sufrido, por lo que no es aceptable la afirmación que efectuó el ENRE en cuanto a que esas normas sólo se referían a la responsabilidad extracontractual de las distribuidoras (fs. 416/417 del expte. adm.).

21) Que en este sentido otro de los jueces del tribunal anterior, que integró la mayoría, afirmó certeramente que las multas que el ente puede aplicar están destinadas a reintegrar el valor de la energía no recibida en las condiciones pactadas (niveles de tensión, por ejemplo) o directamente la no recibida (interrupciones, tanto en su frecuencia

como en su duración) razón por la cual no guardan relación alguna con el de los eventuales daños y perjuicios que puedan haberse padecido (fs. 133).

En consecuencia, en este aspecto debe confirmarse la decisión recurrida en cuanto consideró ilegítima la decisión del ente que resolvió que el usuario que ha sufrido daños derivados de la prestación de los servicios regulados y controlados por el ENRE no tenía más derechos para su reparación que los que surgen del marco regulatorio de la energía eléctrica.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: No hacer lugar a la presentación de fs. 219/255 por no darse ninguno de los supuestos previstos en los arts. 90, inc. 1º; y 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; declarar admisibles los recursos extraordinarios, confirmar la sentencia en cuanto a la responsabilidad de la empresa distribuidora —con el alcance expresado en los considerandos pertinentes—, y revocarla en tanto confiere competencia al Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Imponer a éste las costas generadas por su recurso y distribuir por su orden las provocadas por el recurso del Estado Nacional (Secretaría de Energía). Notifíquese y, oportunamente, remítanse. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

ES COPIA

DISI -//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL
ZAFFARONI

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General de la Nación (fs. 214/218 vta.), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisibles los recursos extraordinarios y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, remítase. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

DISI -//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN
M. ARGIBAY

Considerando:

Que adhiero a lo expuesto en los considerandos 1° al 17 del voto del juez Belluscio, con excepción de las citas efectuadas al final de los considerandos 8° y 9°.

18) Que, por lo tanto, el a quo debió confirmar la resolución del ENRE en cuanto rechazó el reclamo de daños y perjuicios deducido por la firma Angel Estrada S.A., pero no por las razones dadas en su decisorio, sino sobre la base de la incompetencia del organismo para expedirse sobre el punto.

Por las consideraciones expuestas, debe revocarse la sentencia recurrida en cuanto atribuyó competencia jurisdiccional al organismo regulador para entender en las cuestiones vinculadas con la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los usuarios del servicio público de distribución de energía.

19) Que en atención al modo en que se resuelve el punto relacionado con la competencia del ENRE, este proceso no será el marco en el cual habrá que dirimirse la controversia acerca de la procedencia y alcance del resarcimiento que eventualmente corresponda a la actora, por lo que deviene inoficioso un pronunciamiento de esta Corte sobre el tema propuesto en el recurso extraordinario deducido por el ENRE, pues en nada incidirá sobre la resolución de la presente causa.

Por ello, se declara inoficioso el recurso extraordinario interpuesto por el Ente Nacional Regulador de Energía, parcialmente procedente el del Estado Nacional y se deja sin efecto la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Costas por su orden en aten-

ción a la complejidad de la cuestión debatida. Notifíquese y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI -//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//--DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que declaró la nulidad de la resolución del Ente Nacional Regulador de la Energía (ENRE) 229/95, confirmada por la resolución 71/96 de la Secretaría de Energía y Puertos del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y, en consecuencia, dispuso que el citado Ente sustanciara el reclamo formulado por Angel Estrada S.A., tanto el ENRE como la mencionada secretaría interpusieron recursos extraordinarios, concedidos con el alcance que resulta de la decisión de fs. 205.

2°) Que los remedios federales intentados son inadmisibles en tanto la decisión recurrida no reviste el carácter de sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, ni es equiparable a tal, pues existe la posibilidad de que la decisión posterior a dictarse una vez concluida la sustanciación que se ordena en la sentencia recurrida, haga innecesaria la intervención de esta Corte (Fallos: 324:817 y sus citas).

3°) Que, en efecto, y tal como lo ha decidido el Tribunal en casos análogos, la sentencia de una cámara federal que —sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión— deja sin efecto el fallo del inferior y ordena que se dé a la causa el curso que corresponda, no tiene el carácter de definitiva, por lo cual no procede contra ella el recurso extraordinario (Fallos: 95:133; 113:99; y en sentido análogo, doctrina de Fallos: 311:130 y sus citas).

4°) Que ello no es obstáculo para que las cuestiones federales eventualmente resueltas por ese pronunciamiento no

definitivo, sean oportunamente materia de conocimiento de la Corte, pues ellas podrán ser presentadas en ocasión del recurso extraordinario que, en su caso, quepa deducir contra la sentencia —supuesto de que sea adversa a los intereses de los recurrentes— que cierre la causa (Fallos: 324:817).

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declaran inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

Recursos extraordinarios interpuestos por **el Estado Nacional**, representado por la Dra. **Patricia Andrea Siser**, con el patrocinio del Dr. **Mario Alberto Fogliati**, y por el **Ente Nacional Regulador de la Electricidad**, representado por el Dr. **Mariano I. García Cuerva**.

Traslado contestado por **Angel Estrada y Cía. S.A.**, representado por el Dr. **Fernando M. Bosch**, patrocinado por el Dr. **Armando J. Isasmendi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.**

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 11 de febrero de 2014.

Vistos los autos: "Biosystems S.A. c/ EN - M° Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo".

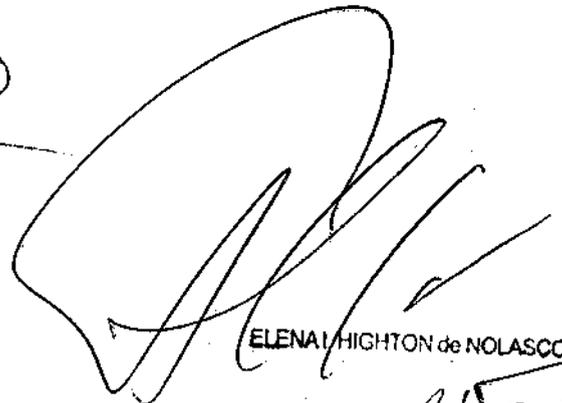
Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y, con el alcance establecido, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



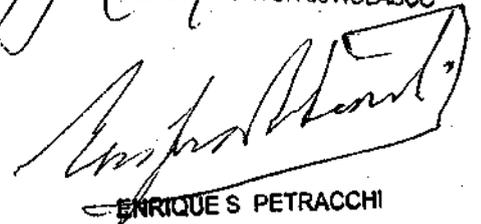
RICARDO LUIS LORENZETTI



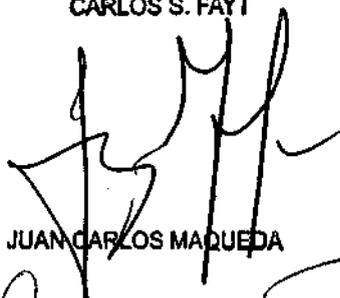
ELENA HIGHTON de NOLASCO



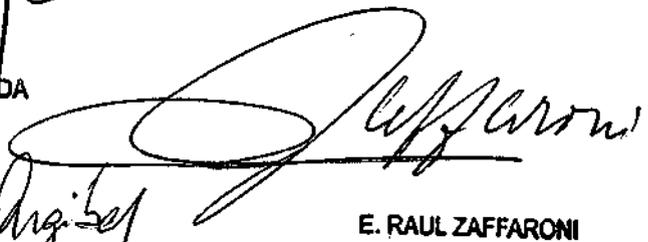
CARLOS S. FAYT



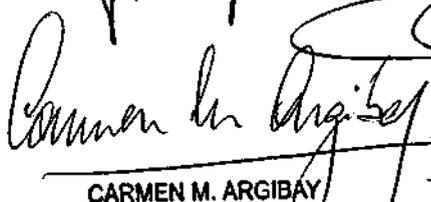
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional - Ministerio de Salud, parte demandada en autos, representada por la Dra. Susana Pérez Fernández.

Traslado contestado por Biosystems S.A., parte actora en autos, representada por el Dr. Saverio Felipe Trimboli.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 7, Secretaría n° 14.

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 128/130, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) revocó el pronunciamiento apelado por Biosystems S.A. en cuanto había declarado no habilitada la instancia judicial por haberse entablado la demanda una vez vencido el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en adelante LNPA).

Para resolver de tal modo, los magistrados declararon la inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA, según la modificación introducida por la ley 25.344, sobre la base de considerar que en los términos en que quedó redactado soslaya la función de garantía que cumple el silencio administrativo por resultar contrario a los arts. 10 y 26 de la LNPA y atenta contra la defensa en juicio al verse comprometido el principio *pro actione*, pues coloca en desventaja al particular que formula el reclamo administrativo y urge su decisión mediante el pedido de pronto despacho.

Sostuvieron que la reforma de la LNPA no guarda coherencia con la finalidad del plazo de caducidad que es dar certeza a las relaciones jurídicas fijando un límite temporal para que el acto administrativo -entendido como la declaración de voluntad unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos e inmediatos en los derechos del particular- quede firme, ya que, en los casos como el del *sub lite*, no existe acto alguno cuya estabilidad esté en juego, pues lo que se persigue es el reconocimiento de una situación jurídica preexistente

mediante la resolución administrativa que así lo disponga o, en caso de omisión del órgano competente en expedirse, mediante la pertinente declaración judicial. Destacaron, asimismo, que el art. 25 de la LNPA establece que el punto de partida para computar el plazo de caducidad es la notificación al interesado del pronunciamiento expreso que agota la vía administrativa y que, en el caso de silencio del órgano obligado a resolver el reclamo, no existe la notificación de dicha circunstancia al interesado.

En efecto, entendieron que las normas de la LNPA y de su decreto reglamentario prevén mecanismos favorables al ejercicio del derecho de defensa del administrado en las diversas hipótesis allí contempladas, ya sea por considerar que no rige el plazo de caducidad (arts. 10 y 26 de la LNPA) o al diferir el vencimiento de los términos procesales (art. 44 del decreto 1759/72), herramientas que no han sido incluidas frente a la denegación tácita del reclamo administrativo en las cuales no existe notificación alguna en virtud de la inactividad de la autoridad pertinente.

Agregaron que sólo en la vía impugnatoria surge la necesidad —o conveniencia— de sujetar la posibilidad de demandar judicialmente a la Administración en un tiempo determinado, por lo cual el plazo de caducidad sólo resulta razonable frente a la impugnación de actos administrativos, lo que no sucede en la vía reparatoria. Ello, por cuanto las razones de seguridad jurídica que requieren lograr la estabilidad del acto concurren únicamente en aquella vía, no así en el caso del acto administrativo que resuelve el reclamo previo, ya que la esencia de este último es diferente en la

Procuración General de la Nación

medida que no importa una modificación del estatus jurídico del particular y, por tal motivo, no está sujeto a los requisitos de impugnación de los arts. 23 y 24 de la LNPA, lo cual había sido receptado por la ley en su redacción anterior, al excluir, del instituto de la caducidad, la resolución denegatoria final - expresa o tácita- del reclamo administrativo previo.

En consecuencia, concluyeron diciendo que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA, al condicionar el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente a la inactividad de la Administración y al encadenar los plazos para configurar la denegatoria por silencio -cuya función es de garantía- con el de caducidad previsto en el art. 25 de la ley citada -que tiene fundamento en lograr la inmutabilidad de un acto administrativo que no existe en la denominada vía reparatoria-.

- II -

A fs. 134/142, el Estado Nacional-Ministerio de Salud de la Nación interpuso recurso extraordinario contra tal decisión, el cual fue concedido por la cuestión federal planteada y denegado por las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (v. fs. 149).

Alega que el fallo es violatorio de las garantías de igualdad, debido proceso y defensa en juicio amparadas por la Constitución Nacional, al tiempo que desconoce las disposiciones de la LNPA de carácter federal aplicables al caso.

Destaca que el reclamo administrativo previo a la demanda judicial es un requisito esencial y surge de lo que

establece el art. 30 de la LNPA, con las excepciones que taxativamente dispone el art. 32 de ese cuerpo legal -modificado por la ley 25.344-, entre las cuales no se encuentra la que dio motivo a la demanda.

Aduce, por otra parte, que la Corte ha dicho que la denegación de la habilitación de la instancia sólo resulta admisible en aquellos supuestos en que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción sea planteada por la demandada dentro de los términos y por la vía que a tal efecto dispone el ordenamiento formal ("Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía", sentencia del 3 de marzo de 1990).

Expresa que la actora el 1º de marzo de 2004 interpuso reclamo administrativo ante el Ministerio de Salud de la Nación a fin de que se le abonaran sumas de dinero que tuvieron por causa el incumplimiento de pago de un contrato celebrado para la provisión de insumos al Hospital Nacional "Profesor Alejandro Posadas" y que, ante la falta de resolución por parte de la cartera de salud, el 15 de marzo de 2007 la empresa solicitó pronto despacho.

Acota que, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la LNPA -en su actual redacción- a partir del pedido de pronto despacho deberán transcurrir otros 45 días, en cuyo caso el interesado podrá iniciar demanda, la cual deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.

Por tal motivo -prosiguió diciendo-, en el caso de autos los 45 días vencieron el 26 de junio de 2007 y los 90

Procuración General de la Nación

días hábiles judiciales el 2 de noviembre de ese año, razón por la cual la demanda, entablada el 16 de abril de 2008, se interpuso cuando estaban vencidos holgadamente los plazos legales establecidos.

- III -

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación y la constitucionalidad de una norma federal - decreto-ley 19.549- (conf. Fallos: 321:169 y 326:4711) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria tanto al derecho que en ella fundó el apelante como a su validez (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48).

Por otra parte, es preciso resaltar que, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

- IV -

Ante todo, es necesario aclarar que atento a la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, el juez está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar *in limine* la pretensión cuando aquél no concorra (Fallos: 327:1607), circunstancia ésta que actualmente se encuentra impuesta a los magistrados por el art. 31 *in fine* de la LNPA,

con la reforma introducida por la ley 25.344, según el cual "los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente".

Sentado lo expuesto, corresponde recordar que con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.344 a la LNPA, la Corte interpretó que el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de esa ley no se aplicaba a las acciones judiciales deducibles frente a las denegaciones administrativas -tácitas y expresas- de reclamos. Así pues, el Tribunal expresó que correspondía "distinguir entre la vía impugnatoria -que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y sgtes. de la LNPA- cuyo resultado sería necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho -aun originado en una relación jurídica preexistente- basada en lo dispuesto por los arts. 30 y concordantes de ese mismo cuerpo legal, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa, los que no estarán sujetos al plazo del art. 25" (Fallos: 312:1017, cons. 6° y 326:4711).

Como resultado de ello, podía diferenciarse claramente entre aquellos actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, investidos de aptitud para modificar el estatus jurídico del administrado y que presuponían el agotamiento de las instancias administrativas en los términos del art. 23 y sgtes. de la LNPA, de aquellos otros carentes de tal aptitud, provocados por el interesado mediante el reclamo

Procuración General de la Nación

administrativo previsto en el art. 30 de la LNPA, cuya procedencia no dependía de la declaración de invalidez de acto administrativo alguno y no constituían la expresión de la voluntad del Estado, sino que definían tan sólo la actitud de la Administración requerida por el pretensor de un derecho subjetivo originado en una relación preexistente (conf. arg. Fallos: 316:2454).

Respecto de la vía impugnatoria de actos administrativos, la Corte dejó en claro que es obligación de la Administración decidir las cuestiones que se le planteen en término (art. 1° de la LNPA), por lo que frente al silencio el particular tiene la opción de esperar el dictado de la resolución o bien acudir a la instancia administrativa o judicial que corresponda, pues cuenta con un medio idóneo para la protección de sus derechos frente a la actitud pasiva que lo perjudica (arts. 10, 28, 23 y 26 de la LNPA; ver doctrina de Fallos: 324:1405).

Ello es así, porque si para acceder a la vía jurisdiccional se requiriera un acto expreso, la autoridad administrativa podría impedir las demandas judiciales con sólo no resolver las peticiones que se le plantearan. Para evitar tales excesos -dijo- nació el instituto del silencio de la Administración, de modo que -frente a la inactividad de la autoridad administrativa- el interesado cuente con la facultad de recorrer la vía judicial como si hubiese una resolución expresa, aunque no exista (Fallos: 324:1405).

Desde esa perspectiva, en el supuesto de la vía impugnatoria el silencio con carácter denegatorio es una opción del particular y, por ende, no rige el plazo de caducidad del

art. 25 de la LNPA para impugnar ante la mora administrativa. Cabe recordar que el art. 26 de la LNPA -el cual continúa vigente sin modificaciones-, establece que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción, cuando se verifique el silencio negativo previsto en el art. 10 de la LNPA.

- V -

Así las cosas, ahora es necesario examinar si corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 31 de la LNPA, como hizo la Cámara al considerar que violaba el derecho de defensa, a la luz de la modificación introducida por la ley 25.344, cuyo nuevo texto prevé que "el pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los 90 días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros 45 días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción...".

Cabe reparar que el texto anterior a la reforma preveía que vencido el plazo de 90 días para que la Administración se pronunciara, el interesado requeriría pronto despacho y, si transcurrían otros 45 días, podría iniciar la demanda en cualquier momento.

La cámara estimó que la reforma era inconstitucional al colocar en desventaja al particular que formula el reclamo administrativo y urge su decisión mediante el pedido de pronto despacho sin obtener de la Administración un

Procuración General de la Nación

pronunciamiento expreso, en cuyo caso se le exige que la demanda sea articulada en plazos perentorios, de aquel otro que impugna un acto definitivo, y frente al silencio de la Administración después de interpuesto el pronto despacho, puede iniciar la demanda en cualquier momento.

Cabe poner de resalto, con especial énfasis, que el control de constitucionalidad de las normas es uno de los fines supremos del Poder Judicial de la Nación, y que, en especial, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 319:3148; 321:441; 322:1349, entre otros), que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad es inconciliable (arg. Fallos: 322:842 y 919).

Pero además, hay que tener en cuenta, al realizar el estudio de compatibilidad constitucional que, como ha dicho el Tribunal acertadamente, "la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa" (Fallos: 324:3219, considerando 10 y su cita). Estimo, en efecto, que no es necesario pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de una norma cuando el caso puede ser resuelto adecuadamente con otros argumentos.

Advierto que en el *sub lite* resulta de aplicación esta clara doctrina pues, a mi modo de ver, la condición que impone el art. 31 de la LNPA para plantear la

demanda en cuanto a "que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25 (caducidad la instancia)" debe interpretarse que sólo rige cuando el reclamo sea resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria, mas no cuando se hubiera producido el silencio de la Administración y no existiera un acto expreso.

Con tal comprensión de la norma, ella no es descalificable por lesiva a principio constitucional alguno, en tanto éstos no se hallan directamente afectados si se atiende a que el art. 26 de la LNPA admite la posibilidad de que ante el silencio de la Administración la demanda pueda iniciarse en cualquier momento, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción (conf. arts. 31 y 26 de la LNPA).

Ésta es, por otra parte, la interpretación que mejor acoge el principio según el cual las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 316:27; 318:1386; 320:2656 y sus citas, entre muchos otros).

Así lo pienso, porque la imposición de un plazo de caducidad para demandar frente al silencio administrativo, además de no ser congruente con la finalidad de la opción procesal de dicho instituto consagrada en el art. 26 de la LNPA, tampoco lo es con el modo de contar el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA para deducir la demanda, pues en los supuestos contemplados en este artículo dicho término se computa a partir de la notificación del acto que agota la vía administrativa (con los efectos del art. 44 del decreto 1759/72

Procuración General de la Nación

si se hiciere en contravención a sus normas) y, en el supuesto del silencio, no podría dar comienzo por la inexistencia de acto administrativo que notificar.

Esta tesitura, asimismo, se compece con la doctrina del Tribunal referida a que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ella emplea varios términos sucesivos, la regla más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (Fallos: 331:2550 y 1234, entre otros). En ese sentido, puede decirse que una atenta lectura del art. 31 da la pauta de que sólo operará la caducidad de la acción cuando se impugna el acto administrativo que deniega el reclamo administrativo.

En efecto, la indicación en tal precepto de que el particular "podrá" "iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25" seguida de los términos "sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción" no puede ser entendida como una redacción descuidada o desafortunada del legislador, sino que la sucesión entre ambos indica que ante la opción del interesado de entablar demanda, "la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios" ha sido establecido para el supuesto de que el reclamo sea resuelto expresamente en contra del particular y para el caso de silencio administrativo regirá "lo que fuere pertinente en materia de prescripción".

Paralelamente, ello permite sostener que no se aplica el término de caducidad del art. 25 de la LNPA cuando se

configura el silencio, de lo contrario, la remisión a los plazos de prescripción sería innecesaria.

Cabe advertir, por otra parte, que el reenvío a "lo que fuere pertinente en materia de prescripción" que efectúa al art. 31 de la LNPA es semejante al previsto en el art. 26 de la misma ley, de lo cual resulta que en el supuesto del silencio administrativo —como aconteció en el presente caso— el interesado podrá considerar denegado su reclamo y acudir a la justicia sin otro plazo que el de prescripción. Corresponde tener presente, sobre el particular, como expresé anteriormente, que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador (Fallos: 329:5826 y 331:866), y, por lo tanto, no es dable suponer que la ley haya querido dar a dos conceptos análogos efectos jurídicos diferentes.

Asimismo, el criterio que aquí se propicia resulta congruente con el adoptado por la Corte en Fallos: 315:656; 316:2477 y 318:1349, al intervenir en instancia extraordinaria, cuando dejó sin efecto sentencias de tribunales provinciales que aplicaban plazos de caducidad para iniciar la demanda contencioso administrativa mediando silencio de la Administración. En tales casos, los jueces locales entendían que el término para iniciar el proceso judicial comenzaba a transcurrir a partir del momento en el que se configuraba el silencio, sin embargo, el Tribunal descalificó tales fallos por incurrir en un injustificado rigor formal y poner de relieve una interpretación de las reglas aplicables contrarias al principio *in dubio pro actiōe*, rector en la materia, señalando, a su vez, que el criterio cuestionado premiaba la actitud negligente de la Administración y hacía jugar en contra del particular la figura

Procuración General de la Nación

del silencio administrativo, instituida, claramente, en su favor.

En consecuencia de lo hasta aquí expresado, es mi parecer que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada pues debe entenderse, de acuerdo con esta interpretación, que en el caso correspondía habilitar la instancia judicial al no haber acto administrativo que denegara el reclamo de la actora. Por ende, aun habiéndose interpuesto pronto despacho, ante el silencio de la Administración, el actor, por la concordancia de los arts. 31, 26 y 10 de la LNPA, podía entablar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que correspondiere en cuanto a los plazos de prescripción.

- VI -

Por las consideraciones que anteceden, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada con el alcance aquí expuesto.

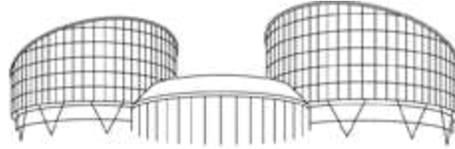
Buenos Aires, *22* de noviembre de 2012.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIAN M. MARCHISIO
Procurador Administrativo
Procuración General de la Nación

CASE OF VAVŘIČKA AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC. (Applications nos. [47621/13](#) and 5 others).
JUDGMENT. STRASBOURG 8 April 2021
<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%222001-209039%22%7D>



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

HABITACIÓN GRANDE
CASO VAVŘIČKA Y OTROS c. REPÚBLICA CHECA
(Solicitudes núms. [47621/13](#) y otras 5)

DETENER

Art 8 • Vida privada • Multa impuesta a un progenitor y exclusión de los niños de los establecimientos preescolares por incumplimiento de la obligación legal de vacunar a los niños • Consenso general europeo a favor de obtener el mayor nivel posible de cobertura de vacunación • Solidaridad social vis-à-vis las personas más vulnerables pidiendo al resto de la población que asuma un riesgo mínimo mediante la vacunación • Estrategia de vacunación obligatoria que responde a la imperiosa necesidad social de proteger la salud individual y pública contra enfermedades conocidas de la medicina y evitar cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación de los niños • Política de vacunación obligatoria compatible con el interés superior de los niños, a considerar tanto individualmente como en grupo, y exigiendo que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves mediante la vacunación • Régimen nacional que permita la concesión de exenciones e incluya garantías procesales • Se tomen las precauciones necesarias, en particular el control de la seguridad de las vacunas utilizadas y la investigación caso por caso de posibles contraindicaciones • Carácter no excesivo de la multa impuesta y ausencia de consecuencias para la educación de los niños en edad escolar • Carácter limitado de los efectos sufridos por los niños solicitantes, sin que su estado de vacunación haya tenido impacto en su ingreso a la escuela primaria • Contenciosas medidas proporcionadas a los objetivos legítimos perseguidos • No se supera el amplio margen de apreciación

ESTRASBURGO
8 de abril de 2021

Este juicio es definitivo. Puede sufrir retoques.

En el caso de Vavřička y otros c. República Checa ,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en una Gran Sala compuesta por :

Robert Spano , *presidente* ,
Jon Fridrik Kjølbro ,
Ksenija Turković ,
Paul Lemmens ,
Síofra O ' Leary ,
Yonko Grozev ,
Aleš Pejchal ,
Krzysztof Wojtyczek ,

Pobre Harutyunyan ,
 Pedro Pastor Vilanova ,
 Marko Bošnjak ,
 Tim Eicke,
 Jovan Ilievski ,
 Lado Chanturia ,
 Erik Wennerström ,
 Raffaele sábado,
 Anja Seibert- Fohr , *jueces* ,
 y Johan Callewaert, *Secretario adjunto de la Gran Sala* ,

Después de haber deliberado en cámaras en el 1 st de julio de 2,020 y el 13 de enero de 2021,

Emite la siguiente Sentencia, adoptada en esta última fecha :

PROCEDIMIENTO

1 . En el origen del caso se encuentran seis [demandas](#) (núms . [47621/13](#) , [3867/14](#) , [73094/14](#) , [19298/15](#) , [19306/15](#) y [43883/15](#)) dirigidas contra la República Checa, incluidos seis nacionales de ese Estado, Sr. . Pavel Vavricka , M me Markéta Novotná , Sr. Pavel Hornych , Sr. Radomír Dubský , Adam Brožík y Sr. Prokop Roleček (" los demandantes "), Tomó posesión de la Corte en varias fechas entre el 23 de julio de 2013 y el 31 de agosto de 2015 en virtud del artículo 34 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (" la Convención ").

2 . Los demandantes estuvieron representados primero por M e D. Záhumenský , luego por M es Z. Candigliota , J. Švejnoha , J. Novák y T. Moravec , abogados en ejercicio en la República Checa. Ante la Gran Sala, todos los demandantes estuvieron representados por M e Candigliota . El Gobierno checo (" el Gobierno ") estuvo representado por su Agente, MVA Schorm , del Ministerio de Justicia.

3 . Los demandantes alegaron, en particular, que las diversas consecuencias que les habían resultado del incumplimiento de la obligación legal de vacunar eran incompatibles con su derecho al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio.

4 . Las solicitudes se asignaron a la primera sección del Tribunal (artículo 52 § 1 del Reglamento del Tribunal - " el Reglamento "). 7 y el 9 de septiembre de 2015, la Corte comunicó al Gobierno la queja se ha mencionado anteriormente y quejas relacionadas que se hizo por el Sr. Vavricka , M me Novotna y el Sr. Hornych en términos del artículo 9 de la Convención, y por todos los solicitantes los niños en el fundamento del artículo 2 del Protocolo n o 1.

5 . Organizaciones no gubernamentales *Společnost pacientů s následky po očkování , zs .* (Asociación de Pacientes Afectados por Problemas de Salud Causados por Vacunas), Centro Europeo para el Derecho y la Justicia y ROZALIO - *Rodiče za lepší informovanost a svobodnou volbu v očkování , zs .* (Colectivo de padres por una mejor información y por la libertad de elección en materia de vacunación - " ROZALIO ») Cada uno presentó observaciones escritas, según lo autorizado por el Presidente de la Sección (artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 3 del Reglamento) .

6 . El 17 de diciembre de 2019, una sala de la primera sección, compuesta por Ksenija Turković , presidente, Aleš Pejchal, Armen Harutyunyan , Pere Pastor Vilanova , Tim Eicke , Jovan Ilievski , Raffaele Sabato, jueces, así como Abel Campos, registrador de la sección, cesó competencia a favor de la Gran Sala, sin haber objetado ninguna de las partes (artículos 30 del Convenio y 72 del Reglamento).

7 . La composición de la Gran Sala se decidió de conformidad con los artículos 26 §§ 4 y 5 del Convenio y 24 del Reglamento.

8 . Tanto los demandantes como el Gobierno presentaron un memorial sobre la admisibilidad y el fondo del caso.

9 . Los Gobiernos francés, alemán, polaco y eslovaco presentaron observaciones escritas, tal como les había autorizado el Presidente. También se otorgó autorización para intervenir en el procedimiento al Foro Europeo de Vigilancia de Vacunas . Otras observaciones fueron presentadas por ROZALIO y se mantienen en el expediente las que los otros terceros intervinientes habían presentado a la Sala.

10 . Los debates se desarrollaron en público en el Edificio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 1 er julio 2020. Los representantes y asesores de las partes estaban presentes.

Apareció :

- para el Gobierno MM.

VA SCHORM , agente ,

R. PRYMULA , presidente de la Sociedad Checa de Vacunación

y agente gubernamental para la ciencia y la investigación

Médico,

M y E. PETROVÁ , Oficina del Agente del Gobierno, Ministerio de la justicia

K. RADOVÁ , Oficina del Agente del Gobierno, Ministerio de la Justice,

D. PRUDÍKOVÁ , Departamento de Educación, Juventud y de Deportes,

Sr.T. SUCHOMEL , Ministerio de Salud,

M meH. CABRNOCHOVÁ , vicepresidente de la Sociedad Checa de vacunología y la Asociación de Médicos Generales

para niños y jóvenes, asesores ;

- para los solicitantes

M eZ. CANDIGLIOTA , abogado ,

MM.D. PETRUCHA ,

K. RÍE ,

D. DUŠÁNEK ,

M miP. JANÍČKOVÁ , asesores ,

B. ROLEČKOVÁ , madre de un solicitante .

El Tribunal escuchó al Sr. Schorm , al Sr. Prymula y al Sr. Candigliota en sus declaraciones, así como en sus respuestas a las preguntas de los jueces.

DE HECHO

I.EL CONTEXTO DEL CASO

11 . En la República Checa, el artículo 46 §§ 1 y 4 de la Ley de protección de la salud pública (*Zákon o ochrane veřejného zdraví*) (ley n o 258/2000, Recopilación de leyes, en su forma enmendada - la " ley PSP ") exige que Los residentes permanentes, así como todos los extranjeros titulares de un permiso de residencia de larga duración en el país, para someterse a un conjunto de vacunaciones de rutina de acuerdo con los procedimientos precisos establecidos en un texto normativo. Para los niños menores de quince años, que son los representantes legales (*zákonný zástupce*) que son responsables de garantizar el cumplimiento de esta obligación.

12 . En el orden constitucional checo, una obligación solo puede imponerse sobre la base y dentro de los límites de la ley (*zákon*) y, del mismo modo, las restricciones a los derechos y libertades fundamentales solo pueden imponerse por ley, entendiéndose comúnmente este término como un ley aprobada por el Parlamento.

13 . La ley de PSP entra en esta categoría. Sus artículos 46 § 6 y 80 § 1 prevén la adopción por el Ministerio de Salud (" el Ministerio ") de los textos de implementación relacionados con la vacunación.

14 . El Ministerio ha adoptado estas medidas de ejecución en forma de un decreto sobre la vacunación contra las enfermedades infecciosas (*Vyhláška o očkování proti infekčním nemocem*) (Decreto n o 439/2000 Rec, en su forma enmendada. - " el Decreto Ministerial 2000 ", que estaba en vigor desde el 1 er enero de 2001 al 31 de diciembre de 2006 y el decreto n o 537/2006 Rec, en su versión modificada. - " la orden ministerial 2006 ", que está en vigor desde el 1 er de enero de de 2007 ; en adelante, estas dos órdenes se denominan conjuntamente con la expresión " orden ministerial ").

15 . El artículo 50 de la ley PSP establece que los establecimientos preescolares como los controvertidos en el presente caso solo pueden aceptar niños que hayan recibido las vacunas requeridas, o de quienes un certificado acredite que han adquirido inmunidad de alguna otra forma o que por razones de salud no pueden vacunarse. Una disposición similar se encuentra en el artículo 34 § 5 de la Ley de educación (*Zákon o předškolním , základním , středním , vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon)*) (Ley o 561/2004 Recop., Modificada).

16 . El costo de la vacunación está cubierto por el seguro médico público. Las vacunas que aparecen en la lista de variantes de vacunas específicas para la inmunización de rutina, que el ministerio publica anualmente, son gratuitas. Se pueden usar otras vacunas en su lugar una vez que hayan sido aprobadas por la autoridad competente, pero su costo no está cubierto por el estado E.

17 . De acuerdo con el artículo 29 §§ 1 f) y 2 de la Ley de infracciones *leves* (*Zákon o přestupcích*) (ley n o 200/1990 Rec, en vigor en el momento pertinente. - " ley IM "), una persona que viola una prohibición o el incumplimiento de una obligación destinada a prevenir enfermedades infecciosas o impuesta con este fin comete un delito menor sancionable con una multa de hasta 10.000 coronas checas ((CZK), que representa actualmente el equivalente a casi 400 euros (EUR)).

18 . En caso de negligencia médica en la administración de una vacuna obligatoria que haya causado daño a la salud del paciente vacunado, el responsable podrá ser obligado a pagar una indemnización por este daño en virtud de la ley general de responsabilidad.

19 . En cuanto a los daños a la salud ocasionados por las vacunas obligatorias administradas de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables (*lege artis*), hasta el 31 de diciembre de 2013 se podía reclamar una indemnización al profesional de la salud que hubiera realizado el acto de vacunación, sobre la base de la responsabilidad objetiva y sin fundamento. para la exención, en virtud del artículo 421a del código civil en vigor en ese momento (ley n o 40/1964 Recop., modificada). Como parte de la re-codificación del derecho civil, este tipo de acción se ha eliminado a partir del 1 st de enero de 2014. Una nueva ley especial entró en vigor el 8 de en abril de 2020, sin embargo, establece que el estado E puede ser considerado responsable de tal daño.

20 . Aparte de la cuestión de la indemnización en tales circunstancias, una persona que sufra los efectos secundarios de la vacuna en cuestión puede beneficiarse de un tratamiento médico cubierto por un seguro médico público.

21 . Para obtener más información sobre la legislación y la práctica interna pertinente, consulte los párrafos 65 a 93 a continuación.

II.LA PETICIÓN DEL SR. VAVRICKA (N O [47621/13](#))

22 . El demandante nació en 1965 y vive en Kutná Hora.

23 . El 18 de diciembre de 2003 el centro competente para la prevención y el control de enfermedades (*hygienická stanice*) lo declaró culpable de uno de los delitos previstos en el artículo 29 § 1 f) de la Ley de IM, por incumplimiento de una decisión que le había ordenado conducir a sus dos hijos, entonces de trece y catorce años, al establecimiento de salud que le habían indicado, para vacunarlos contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos. Se condenó al demandante a pagar una multa de 3.000 CZK y 500 CZK por costas y gastos (la suma total era el equivalente a 110 euros en ese momento).

24 . El demandante impugnó esta decisión a nivel administrativo y ante los tribunales, incluso como último recurso ante el Tribunal Constitucional. Sostuvo que las normas en cuestión eran contrarias a sus derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a rechazar la intervención médica (se refería a los artículos 5 y 6 de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la República Checa y prima cualquier ley en situaciones de conflicto (ver párrafo 141 más abajo - abajo) - la " Convención de Oviedo ") y el derecho a tener creencias religiosas y filosóficas y manifestarlas. Dijo que se oponía a lo que llamó experimentación irresponsable de salud humana e insistió en los efectos secundarios reales o potenciales de las vacunas. Argumentó que el último caso de poliomielitis fue en 1960, que la hepatitis B afectaba solo a las categorías de alto riesgo y que el tétanos no era transmisible entre humanos, por lo que dijo que no había ningún riesgo para la salud pública.

25 . Inicialmente, mediante sentencia de 28 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo Administrativo (" el TAS ") rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandante. Sin embargo, esta sentencia fue derogada por sentencia constitucional (*nález*) emitida por la Corte Constitucional el 3 de febrero de 2011.

26 . El tribunal constitucional dictaminó que el TAS no había dado una respuesta adecuada al argumento del demandante de que la decisión impugnada era contraria a su derecho a manifestar libremente su religión o sus creencias en virtud del artículo 16 de la Carta de Derechos y libertades fundamentales (*Listina základních práv has svobod*) (Ley constitucional n o 2/1993 Recop.). Observó que la obligación de vacunación como tal (impuesta al demandante por resolución de 3 de junio de 2003, emitida en aplicación del decreto ministerial de 2000) no estaba en juego en el presente caso en la medida en que el interesado había presentado su denuncia constitucional ante la sanción que se le había dictado el 18 de diciembre de 2003 en

aplicación de la ley de IM, por incumplimiento de su obligación. Por tanto, el Tribunal Constitucional indicó no poder ejercer su competencia para comprobar la constitucionalidad de la obligación de vacunación. Declaró que en ningún caso estaba facultado para sustituir su dictamen por la valoración realizada por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo en relación con las enfermedades infecciosas que requieren vacunación obligatoria. Observó que en relación con el artículo 26 de la Convención de Oviedo, correspondía al legislador hacer esta valoración, y que tenía un carácter político y especializado y se encontraba en una latitud relativamente amplia.

27 . El Tribunal Constitucional distingue entre el hecho de consagrar en la ley la obligación de vacunación y el hecho de velar por su respeto. Declaró que la vacunación obligatoria constituía en principio una restricción admisible al derecho fundamental a manifestar libremente la propia religión o creencias, argumentando que se trataba claramente de una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de la vida humana, la seguridad pública, la salud y los derechos y libertades de los demás. Sin embargo, agregó que, para cumplir con los requisitos constitucionales, la interpretación de esta restricción no debe implicar la aplicación incondicional de la obligación de vacunación a ningún individuo, sin tomar en cuenta aspectos personales o motivos de su desgana.

28 . Más específicamente, el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente :

" La autoridad pública que decida sobre el cumplimiento de la obligación de vacunación o sobre la sanción que se impondrá en caso de incumplimiento de esta obligación deberá tener en cuenta las razones excepcionales alegadas por el solicitante en apoyo de su negativa a la vacunación. . vacunación. Si concurren circunstancias que requieran de manera fundamental preservar la autonomía del interesado a pesar de la existencia de un interés general opuesto (...), y por tanto renunciar excepcionalmente a sancionar [el incumplimiento] de la obligación de vacunación, el poder público debe abstenerse de imponer una sanción o hacer cumplir [esta obligación] por otros medios (...)

La autoridad pública, luego el tribunal administrativo en el contexto del recurso administrativo, debe tener en cuenta en sus decisiones todas las circunstancias relevantes del caso, en particular la urgencia de las razones dadas por el interesado, la relevancia de estas desde un punto de vista constitucional, así como el peligro que el comportamiento de la persona en cuestión puede representar para la sociedad. La coherencia y credibilidad de las acusaciones de la persona interesada también será un aspecto importante.

Si la persona en cuestión no se comunica con la autoridad pública competente desde el inicio y solo justifica su posición con respecto a la vacunación en una etapa posterior del procedimiento, las condiciones relativas a la coherencia de su posición y la urgencia del interés constitucional en la protección de su autonomía, por regla general, no se cumple. "

29 . El Tribunal Constitucional consideró además que si estos criterios se aplicaban a las circunstancias específicas del caso del demandante, el cumplimiento de la condición de coherencia de la posición adoptada parecía problemático. Al respecto, señaló que el demandante solo había explicado las razones de su negativa a autorizar la vacunación de sus hijos en una etapa tardía del proceso y que, incluso durante una audiencia que se había celebrado frente a ella, había indicado que las razones dichas estaban vinculados sobre todo a la salud, según él la vacunación era perjudicial para los niños, y que cualquier cuestión filosófica o religiosa pasaba por él en un segundo plano. El Tribunal Constitucional agregó, sin embargo, que la aplicación de los criterios en cuestión recaía principalmente en el TAS, al que remitió el caso del demandante para que lo reconsiderara.

30 . Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2011, el TAS desestimó al demandante.

En respuesta a las indicaciones dadas por el Tribunal Constitucional, el TAS estableció que fue solo en una etapa tardía del procedimiento que el demandante había invocado, sin más explicaciones, la protección de sus convicciones religiosas y filosóficas. Ella dijo que él luego explicó que creía que sus creencias le daban el derecho a rechazar la vacunación obligatoria para él y sus hijos. Ella especificó que el solicitante aún no había presentado un argumento concreto sobre la religión y la extensión del daño que puede llegar a ella a través de la vacunación. Para el TAS, el interés en proteger la salud pública, por lo tanto, sobrepasaba el derecho del solicitante a manifestar su religión o sus creencias.

31 . En este caso, la decisión final fue dictada el 24 de enero de 2013 por el Tribunal Constitucional, que desestimó por manifiestamente infundado el recurso de apelación que había presentado la demandante contra la sentencia de 30 de septiembre de 2011.

III.LA SOLICITUD DE M ME NOVOTNA (N O [3867/14](#))

32 . La demandante nació el 12 de octubre de 2002. Fue admitida en una guardería Montessori por decisión del 4 de abril de 2006, cuando tenía alrededor de tres años y medio.

33 . El 10 de abril de 2008, el director del establecimiento decidió reabrir el procedimiento de admisión luego de haber sido informado por el pediatra del solicitante que, contrario a lo señalado por un certificado médico de fecha 15 de marzo de 2006, que especificaba que el menor " había recibido la vacunación básica ", de hecho no había sido sometida a la vacuna triple vírica (sarampión, paperas y rubéola). El procedimiento así reabierto error culminó el 14 de julio de 2008, mediante una decisión que anuló la decisión anterior de admitir al solicitante al acreditar la falta de una : esta vacuna obligatoria.

34 . En los sucesivos recursos que posteriormente interpuso en vano, a nivel administrativo y ante los tribunales, incluido el Constitucional, la demandante argumentó que un texto reglamentario, a saber, el decreto ministerial de 2006, no podía establecer una excepción. Artículo 5 del Convenio de Oviedo (que establece que una intervención en el ámbito de la salud solo puede llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado). También indicó que el decreto no establece un límite de edad para la vacunación triple vírica. Basado en " datos estadísticos " y " opiniones de expertos " Argumentó que la vacunación presentaba un riesgo para la salud y no era necesaria en una sociedad democrática. Agregó que la decisión del 14 de julio de 2008 fue contraria a sus intereses y a su derecho a la educación. Se quejó de que no podía continuar su educación en el sistema educativo Montessori sin tener que someterse a una intervención médica a la que no consintió.

35 . Los argumentos presentados por el solicitante fueron rechazados en todos los niveles. La decisión final fue dictada el 9 de julio de 2013 por la Corte Constitucional, cuyas conclusiones se resumen a continuación.

36 . En la medida en que la demandante impugnó la base jurídica de la obligación de vacunación, el Tribunal Constitucional declaró que las restricciones a las garantías derivadas de los artículos 5 y 6 del Convenio de Oviedo estaban previstas por una ley aprobada por el Parlamento (la ley PSP), que establecía la obligación de someterse a la vacunación rutinaria, de la cual solo los aspectos específicos como los tipos de vacunas y las condiciones de administración fueron definidos en el decreto ministerial de 2006 adoptado en aplicación de dicha ley. El Tribunal Constitucional consideró que este dispositivo cumplía con los requisitos constitucional según el cual las obligaciones solo pueden imponerse sobre la base y dentro de los límites de la ley (artículo 4 § 1 de la Carta) y las restricciones a los derechos y libertades fundamentales solo pueden establecerse por ley (artículo 4 § 2 de la Carta) . El tribunal superior añadió que se habían eliminado las incoherencias de la jurisprudencia sobre este punto (véanse en particular los párrafos 85 y siguientes).

37 . El Tribunal Constitucional también desestimó, por infundada, la objeción del demandante a la necesidad de proteger la salud pública mediante la vacunación en cuestión. El tribunal superior señaló que el demandante no había planteado el menor argumento relativo a " circunstancias [que llaman] fundamentalmente a preservar la autonomía de la persona ", en el sentido de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso *I Vavříčka* (véase el párrafo 28 supra).

38 . Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló en particular que la protección efectiva de los derechos fundamentales que estén en conflicto con el interés general de proteger la salud podría garantizarse mediante una evaluación rigurosa de las circunstancias específicas de cada caso, y no mediante el interrogatorio. de la vacunación como tal. Consideró que en el presente caso los tribunales habían examinado debidamente las objeciones del demandante y respondido a ellas. Indicó que la denunciante no había probado, sobre la base de consideraciones fácticas, que la obligación de someterse a la vacuna triple vírica constituya una injerencia desproporcionada en el ejercicio por su parte de sus derechos fundamentales. Añadió que la demandante tampoco había demostrado la existencia de circunstancias que le hubieran permitido, en virtud del artículo 50 de la Ley PSP, ser admitida en un jardín de infancia sin estar vacunada.

39 . Sin resolver la cuestión de si la asistencia a una guardería se incluía en el derecho a la educación, el Tribunal Constitucional, sin embargo, sostuvo que, en una situación en la que la presencia continua de la demandante en el establecimiento probablemente pondría en peligro la salud de los demás, era la responsabilidad de los ciudadanos. derecho subjetivo a la protección de la salud que tuvo prioridad. Según el tribunal superior, la negativa a admitir a la demandante en la escuela de párvulos no estuvo, por tanto, viciada por error.

40 . Además, ante la Corte Constitucional, al negarse a cumplir con condiciones idénticas para todos, la demandante la tuvo , incluso privada de la oportunidad de asistir al preescolar, y probablemente no actuó de buena fe al adjuntar un certificado médico inexacto a su solicitud de registro inicial.

IV.LA SOLICITUD DEL SR. HORNYCH (N. ° [73094/14](#))

41 . El demandante nació el 26 de septiembre de 2008. Cuando era joven padecía diversas dolencias y no recibió ninguna vacuna. Afirma que, de hecho, sus padres nunca se negaron a que se vacunase y que, si no fue así, fue porque su pediatra no le había hecho una recomendación de vacunación individualizada.

42 . Al registrarse para el jardín de infantes, su pediatra certificó en la forma requerida que el solicitante no había sido vacunado. Este formulario también incluía la siguiente nota escrita a mano : " No [el solicitante] carece de una vacuna actual proporcionada por la ley ". Posteriormente, las autoridades establecieron que la nota escrita a mano había sido agregada por alguien que no era el pediatra, lo que el solicitante no cuestionó.

43 . Mediante resolución de 27 de junio de 2011, se le denegó la admisión a la escuela infantil en aplicación del artículo 50 de la ley PSP, por falta de prueba de que estaba vacunado. Su recurso administrativo fue sobreesido, habiendo constatado la autoridad competente durante una conversación telefónica con el pediatra que la situación no había cambiado significativamente desde el día en que se emitió el citado certificado.

44 . El demandante continuó su caso presentando un recurso de apelación en derecho administrativo y un recurso de casación. Principalmente argumentó que, dado que no había recibido ninguna recomendación de vacunación individual, no se podía considerar que careciera de ninguna vacuna exigida por la ley y que, por lo tanto, había cumplido con todas las condiciones legales para ser admitido en el jardín de infancia. Consideró que las autoridades no habían podido establecer lo contrario y que, al obtener información adicional telefoneando a su pediatra, habían actuado de manera arbitraria y contraria a su derecho a la protección de datos personales. Sostuvo que se le había privado de la oportunidad de comentar y que al parecer no se había cometido ninguna infracción menor relacionada con su estado de vacunación, ya que no se había iniciado ningún procedimiento al respecto.

45 . Sus recursos fueron desestimados, en particular sobre la base de que, aunque la autoridad que había tramitado el recurso administrativo había obtenido información del pediatra por medios inusuales, el demandante había tenido acceso al expediente y que la decisión impugnada se basaba exclusivamente en hechos de que le habían informado. Otra razón fue que, según el artículo 50 de la ley PSP, el criterio relevante para la admisión a la escuela infantil radicaba en si se había cumplido con la obligación de vacunación, y no en las razones de 'un posible incumplimiento de este requisito'. Finalmente, se criticó a la demandante por no haber presentado siquiera la existencia de " circunstancias [que exigen] fundamentalmente preservar la autonomía de la persona ", en el sentido de la jurisprudencia de *Vavřicka* (véase el apartado 28 anterior), y tampoco haber invocado uno de sus derechos fundamentales.

46 . En la denuncia constitucional que presentó posteriormente, el demandante alegó una violación de sus derechos en virtud del artículo 6 § 1 (equidad) y el artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar, en particular el derecho al desarrollo) de la Convención, presentando esencialmente la mismos medios que ante los tribunales inferiores. Argumentó que no habían examinado la necesidad médica de las vacunas que se le había pedido que administrara . Además, " en aras de la integridad ", argumentó expresamente que sus padres no se habían negado a que lo vacunaran y que, por tanto, no se les podía reprochar no haber justificado tal negativa invocando sus convicciones o creencias.

47 . El 7 de mayo de 2014, la Corte Constitucional encontró el recurso de apelación manifiestamente infundado y lo desestimó. Señaló que los tribunales habían considerado debidamente todos los elementos pertinentes y que estaba de acuerdo con sus conclusiones.

V.LAS SOLICITUDES DE LOS SRES. BROŽÍK Y DUBSKÝ (NÚMS . 19298/15 Y 19306/15)

48 . Los solicitantes nacieron respectivamente el 11 de mayo de 2011 y el 16 de mayo de 2011. Sus padres se negaron a vacunarlos. Posteriormente, las autoridades constataron que a su solicitud de inscripción en el jardín de infancia habían adjuntado un certificado emitido por su pediatra en el que se indicaba que no habían sido vacunados por las convicciones y creencias de sus padres.

49 . El 2 de mayo de 2014, a los demandantes se les negó la entrada al jardín de infancia sobre la base de la jurisprudencia *Vavřicka* (párrafo 28 infra - arriba) y el fundamento de que la vacunación era necesaria para

proteger la salud pública y los derechos y libertades de los demás y, por lo tanto, constituía una restricción admisible de la derecho a manifestar libremente la propia religión o creencias.

50 . Los demandantes interpusieron un recurso administrativo contra esta decisión y luego impugnaron su rechazo mediante un recurso administrativo.

51 . El 18 de julio de 2014, en paralelo con el recurso de reposición, los solicitantes rezaron el Tribunal Regional de Hradec Králové a adoptar una medida provisional que les permite asistir a una escuela de párvulos dada desde 1 st septiembre de 2014, a la espera del examen de los resultados de los méritos de la apelación . Argumentaron que, de lo contrario, corrían el riesgo de sufrir daños graves, incluida la discriminación, la limitación de su desarrollo personal y la restricción de su acceso a la educación preescolar. Además, se aseguraron de que su admisión a la escuela no pudiera representar el menor riesgo para los escolares que fueron vacunados, y que muchos adultos no eran o ya no eran inmunes a las enfermedades en cuestión.

52 . El 13 de agosto de 2014, el tribunal regional rechazó su solicitud de medida cautelar. Observó que, estrictamente hablando, no existía el derecho a ser admitido en un establecimiento preescolar y que dicha admisión estaba sujeta a condiciones, incluida la prevista en el artículo 50 de la ley PSP. Por tanto, según el tribunal regional, la denegación de la admisión estaba prevista por la ley y no era infrecuente, especialmente cuando faltaban plazas. En consecuencia, para el órgano jurisdiccional autonómico, la decisión impugnada no podía haber provocado un perjuicio grave que justificara la adopción de una medida cautelar.

53 . Basándose en el artículo 6 de la Convención, los demandantes impugnaron esta sentencia, interponiendo una denuncia constitucional. Al mismo tiempo, solicitaron al propio Tribunal Constitucional la adopción de una medida cautelar similar a la que habían solicitado al tribunal regional.

54 . El 23 de octubre de 2014, el Tribunal Constitucional desestimó la denuncia constitucional de los demandantes, así como su solicitud de medida cautelar, por ser manifiestamente infundadas. Destacando que el proceso de fondo aún se encuentra pendiente, consideró que el rechazo de las solicitudes de medidas cautelares no tuvo consecuencias inaceptables en virtud de la Constitución. Además, el tribunal superior consideró que los demandantes no habían demostrado la necesidad de adoptar medidas provisionales y que el razonamiento del tribunal regional sobre este punto era lógico, comprensible y pertinente .

55 . Una vez que la sentencia constitucional resolvió la cuestión de la medida cautelar, quedó por pronunciarse sobre el fondo del recurso administrativo interpuesto por los demandantes. Estos fueron desestimados por sentencia del tribunal regional de 10 de mayo de 2016. Aunque se disponía de otros recursos, no prosiguieron el proceso.

VI.LA REQUÊTE DE M. ROLEČEK (NO [43883/15](#))

56 . El solicitante nació el 9 de abril de 2008. Sus padres, biólogos, decidieron establecer un plan de vacunación individual para él. Como resultado, fue vacunado más tarde de lo prescrito por la normativa vigente y no fue vacunado contra la tuberculosis, la poliomielitis y la hepatitis B, ni contra el sarampión, las paperas y la rubéola (MMR).

57 . Los días 22 y 30 de abril de 2010, los directores de dos escuelas de párvulos se negaron a admitir al solicitante sobre la base del artículo 50 de la ley PSP.

58 . En apelaciones posteriores infructuosas a nivel administrativo y ante los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, el demandante se quejó, entre otras cosas, de una violación de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su derecho a la educación y de su derecho a no ser discriminado. en contra. Alegó que no se tuvieron en cuenta las condenas de sus padres, que creía defendieron su interés superior, ni el principio de proporcionalidad. Creía que la sección 50 de la ley de PSP debería cancelarse. Sostuvo que la injerencia en el ejercicio de sus derechos había sido desproporcionada y que existían medidas menos drásticas para proteger la salud pública. Agregó que su negativa a admitir había obligado a su madre a quedarse en casa para cuidarlo y por lo tanto repercutía en toda la familia.

59 . Los argumentos del demandante fueron desestimados por las razones que se resumen a continuación. Las principales decisiones del caso fueron dictadas por la Corte Constitucional el 27 de enero de 2015 (sobre la vigencia del artículo 50 de la Ley PSP) y el 25 de marzo de 2015 (sobre el fondo del caso de la demandante).

60 . El Tribunal Constitucional declaró que el artículo 50 de la ley PSP no ignoraba en modo alguno la norma de que determinadas cuestiones solo podían resolverse mediante una ley aprobada por el Parlamento. Explicó que este artículo establece una condición para la admisión a una guardería o preescolar refiriéndose al

artículo 46 de la Ley PSP, y que definía el alcance y contenido de la obligación subyacente. Añadió que, en la medida en que se pudiera considerar que el solicitante deseaba impugnar la obligación de vacunación como tal, esta cuestión iba más allá del alcance de su cuestionamiento del artículo 50 de la Ley PSP y debería haberse levantado por separado. Consideró que, dado que la demandante no actuó en esta dirección, no podía examinar en este procedimiento la obligación de vacunar. Sin embargo, aclaró que la constitucionalidad de este requisito ya había sido examinada y confirmada en otra sentencia, dictada en un caso (n o Pl. ÚS [19/14](#)) Sin relación con la controvertida en relación con otra de las consecuencias (multa) por infracción de la vacunación obligatoria (párrafos 90 y siguientes - abajo).

61 . El Tribunal Constitucional dictaminó que tener un plan de vacunación individual no entraba en ninguno de los motivos de discriminación establecidos por la ley. Afirmó que, contrariamente a lo que había sugerido el demandante, la no admisión a una escuela de párvulos no constituía una sanción. En cuanto a la proporcionalidad, añadió que la demandante no había invocado circunstancias excepcionales que hubieran superado el interés de proteger la salud pública, en el sentido de la jurisprudencia *Vavříčka* (véase el apartado 28 anterior).

62 . El Tribunal Supremo aclaró que lo que había en el derecho a la educación a lo dispuesto por el Artículo 33 de la Carta se describe en detalle en la Ley de Educación (párrafos 80 y siguientes - abajo) para todos los tipos y niveles de educación. Consideró que este derecho incluía la educación preescolar, ya que esta, lejos de limitarse a ofrecer un servicio de guardería o guardería, implica un proceso de adquisición de habilidades, actitudes y conocimientos. Consideró que una restricción de este derecho, consistente en exigir el cumplimiento de la obligación de vacunación, no sofoca la esencia misma del derecho en cuestión y persigue claramente el objetivo legítimo de protección de la salud pública. Además, el alto tribunal declaró que los medios previstos para lograr este objetivo eran racionales y carentes de arbitrariedad. Agregó que la vacunación representó un acto de solidaridad social por parte de los individuos que acordaron exponerse a un riesgo mínimo para proteger la salud de toda la población, y que esto era tanto más válido cuanto mayor era el número de niños vacunados que asisten a la educación preescolar. estaba aumentando.

63 . Finalmente, sobre los elementos expuestos en el párrafo anterior y en la decisión constitucional anterior (Caso o Pl. ÚS [19/14](#)), el Tribunal Constitucional sostuvo que las conclusiones de los tribunales inferiores en el proceso entablado por el demandante se basaron en una adecuada base y razonamiento convincente. Share Ant, ese tribunal concluyó que no hubo violación de los derechos fundamentales del demandante.

64 . La sentencia de 27 de enero de 2015 relativa a la vigencia del artículo 50 de la ley PSP fue adoptada por mayoría. A esta sentencia se le adjuntó el dictamen disidente de un juez que, en particular, consideró excesivo el alcance de la obligación de vacunación, que cubría nueve enfermedades, como condición de ingreso al sistema preescolar, y consideró que el régimen vigente infringía el régimen de la demandante. derechos fundamentales. A los ojos de la jueza, la sentencia del Pleno , que según ella se relacionaba con el debate público sobre los efectos potencialmente nocivos de la vacunación, se limitó a declaraciones generales de solidaridad.

MARCO JURÍDICO Y PRÁCTICA PERTINENTES

I.DERECHO Y PRÁCTICA DOMÉSTICA

A.Ley doméstica

1.La Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (Ley Constitucional n o 2/1993 Recop.)

65 . En su parte relevante en este caso, la sección 4 de la Carta dice lo siguiente :

" 1. Las obligaciones sólo pueden imponerse sobre la base y dentro de los límites de la ley y respetando los derechos y libertades fundamentales de la persona.

2. Las limitaciones a los derechos y libertades fundamentales sólo pueden establecerse por ley y en las condiciones previstas por [esta Carta]. "

66 . El artículo 7 § 1 establece lo siguiente :

" Se garantiza la inviolabilidad de la persona y su vida privada. Solo puede restringirse en los casos previstos por la ley. "

67 . La parte pertinente del artículo 15 § 1 dice lo siguiente:

" Se garantiza la libertad de pensamiento, conciencia y creencias religiosas (...)"

68 . El artículo 16 § 1 dice lo siguiente :

“ Toda persona tiene derecho a manifestar libremente su religión o creencias, individual o colectivamente, en privado o en público, mediante el culto, la enseñanza, la práctica religiosa o la realización de ritos. ”

69 . El artículo 31 establece :

“ Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. Los ciudadanos tienen derecho, sobre la base del seguro público, a la asistencia sanitaria y los dispositivos médicos gratuitos en las condiciones previstas por la ley. ”

70 . En cuanto a la segunda oración del artículo 31, el Tribunal Constitucional declaró (sentencia constitucional de 10 de julio de 1996, publicada en la Colección de Leyes con el número 206/1996) que su alcance se limitaba a lo que cubría el seguro público, esta cobertura es en sí misma función de las primas de seguros cobradas. Todo el capítulo pertinente de la Carta depende del nivel económico y social alcanzado por el Estado y del nivel de vida correspondiente.

71 . El artículo 33 § 1 dice lo siguiente :

“ Todos tienen derecho a la educación. La duración de la educación obligatoria está fijada por ley. ”

72 . La parte pertinente del artículo 41 § 1 establece :

“ Sólo es posible invocar [el derecho a la educación a que se refiere el artículo 33] dentro de los límites de las leyes que implementan esta disposición. ”

2. *La Ley de protección de la salud pública (Ley núm. 258/2000 Recop., Modificada)*

73 . La ley PSP establece el marco general de vacunación : define su finalidad, su ámbito personal, los tipos de vacunas, las condiciones de administración de estas y evaluación de inmunidad, y de otros aspectos aún. El artículo 46 §§ 1 y 6 de esta ley prevé la adopción por parte del Ministerio de Salud de medidas de implementación que detallen temas como la clasificación de las vacunas, el momento de las inyecciones y otras condiciones relacionadas con la administración de las vacunas, así como la inmunidad de métodos de verificación (ver - abajo). Además, el artículo 50 establece que Las guarderías para niños menores de tres años, así como otros tipos de establecimientos preescolares (es decir, que reciben a los niños hasta el inicio del año escolar después de su sexto cumpleaños) solo pueden aceptar niños que hayan recibido las vacunas requeridas o para quienes un certificado certifique que han adquirido inmunidad de alguna otra forma o que una contraindicación permanente impide su vacunación.

3. *El decreto de vacunación contra enfermedades infecciosas.*

74 . Según lo dispuesto por la ley PSP, el ministerio adoptó el decreto de vacunación contra enfermedades infecciosas. Durante el período considerado en este caso, fueron aplicables sucesivamente dos órdenes : la Orden N o 439/2000 Rec, en su versión modificada, que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2006, y el Decreto No o 537/2006 Recop., En su versión modificada, que sustituyó a la primero con efecto a partir del 1 st de enero de 2007. las disposiciones que son relevantes en este caso es esencialmente la misma en ambos detenidos, las referencias a la orden que se indica en el resto de la presente sentencia se refiere, a menos que se indique lo contrario, el texto de 2006.

75 . Este decreto regula la clasificación de las vacunas, las condiciones de administración de las vacunas y los métodos de evaluación de la inmunidad (artículo 1 a)).

76 . Define el alcance de la obligación de vacunación, que cubre la vacunación contra la difteria, el tétanos, la tos ferina, las infecciones por *Haemophilus influenzae* tipo b, la poliomielitis, la hepatitis B, el sarampión, las paperas y la rubéola y, para los niños con indicaciones específicas , las infecciones neumocócicas (artículos 4, 5 y 6).

77 . El decreto también establece las sucesivas fases de administración de la vacuna, que en principio comienzan a la novena semana después del nacimiento, con un intervalo de al menos dos meses entre las dos primeras series de vacunas, ocurriendo la tercera serie entre los once meses y los trece meses. antiguo (artículos 4 y 5). También indica que, para determinadas enfermedades, la primera administración de la vacuna (artículo 2 § 2 a)) debe ir seguida de un recordatorio (artículo 2 § 2 b)).

4. *La Ley de Productos Farmacéuticos y Drogas (Ley o 378/2007 Coll.)*

78 . Los artículos 25 al 50 de esta ley regulan la aprobación de productos farmacéuticos, incluidas las vacunas, por parte de la Agencia Nacional de Control de Medicamentos .

79 . El artículo 93b 1) establece que todos los médicos, dentistas y otros profesionales de la salud están obligados a informar a la agencia antes mencionada de cualquier efecto secundario grave o imprevisible que se sospeche en relación con un producto farmacéutico, bajo pena de ser infligido., De conformidad con el artículo 108 § 7, una multa de hasta 300 000 CZK (la suma actual equivale aproximadamente a 11 350 EUR).

5. *La Ley de educación (Ley o 561/2004 Recop., Modificada)*

80 . El artículo 33 de esta ley define la educación preescolar como destinada a contribuir al desarrollo de la personalidad del niño preescolar. Esta educación tiene lugar en el correcto desarrollo emocional, intelectual y físico del niño, en su adquisición , una de las reglas esenciales de conducta y valores fundamentales de la vida, y en la construcción de sus relaciones con los demás . La educación preescolar proporciona las condiciones básicas para continuar el camino educativo. Ayuda a suavizar diferencias observables en el desarrollo de los niños antes del ingreso a la educación primaria y permite una atención pedagógica adecuada a aquellos con necesidades educativas específicas.

81 . El artículo 34 § 1 establece que la educación preescolar se organiza para los niños que generalmente tienen entre tres y seis años, en cualquier caso, no menos de dos años. Un niño menor de dos años no puede ser admitido en una escuela de párvulos. Esta disposición fue objeto de una enmienda que entró en vigor el 1 st de septiembre de 2017, hecho que sea obligatoria la educación preescolar a partir del año escolar después del quinto aniversario del niño, y la educación temprana obligatoria. El párrafo 5 del artículo 34 menciona, entre las condiciones de admisión a la escuela, la obligación de vacunación a que se refiere el artículo 50 de la ley PSP (ver párrafo 73 anterior).

82 . El artículo 36 § 3 establece que la educación obligatoria comienza al comienzo del año escolar siguiente al sexto cumpleaños del niño, a menos que el niño se beneficie de un aplazamiento.

6. *La Ley de infracciones leves (Ley o 200/1990 Recop., Modificada)*

83 . En la época de los hechos, el artículo 29 § 1 f) de la Ley de Medicina Interna, relativo a las infracciones leves de salud, disponía que el incumplimiento de una obligación impuesta para prevenir la aparición o propagación de enfermedades infecciosas constituía un delito menor sancionable con una multa de hasta al equivalente de aproximadamente 400 euros (apartado 2).

7. *La ley de indemnización por daños a la salud causados por la vacunación (Ley n o 116/2020 Coll.)*

84 . Esta ley, que entró en vigencia el 8 de abril de 2020, establece la responsabilidad objetiva del Estado en caso de daño a la salud causado por la vacunación obligatoria (artículo 1). En caso de daños especialmente graves para la salud (*zvlášť závažné ublížení na zdraví*) de la persona que ha sido vacunada, se podrá conceder una indemnización por sufrimiento, pérdida de ingresos, reducción de la capacidad de aportar una contribución útil a la sociedad (*ztížení společenského uplatnění*) , costos relacionados con la atención médica brindada al interesado, así como a la asistencia que se le proporcione a él ya los miembros de su hogar (artículo 2). La ley plantea como presunción irrefutable la existencia de una relación de causalidad entre la vacunación y los síntomas que aparecen después de ella, siempre que estos síntomas sean reconocidos - por un texto reglamentario a adoptar- como probables consecuencias de la vacuna administrada (artículos 3 y 3). 8).

B.Práctica interna

1. *Jurisprudencia del CAS*

85 . En la sentencia n o 3 Anuncios 42/2010, de 21 de julio de 2010, una habitación normal CAS dictaminó que el decreto ministerial de 2000 superó los límites aceptables en que regula las cuestiones que estaban reservadas al legislador. Agregó que debido a la redacción muy general del artículo 46 § 1 de la Ley PSP, el decreto ministerial se ocupaba de ciertos derechos y obligaciones cruciales al exceder los límites establecidos por la ley. En consecuencia, la sala en cuestión anuló una decisión administrativa por la que se había multado a los padres por incumplimiento de la obligación de vacunación de sus hijos.

86 . Sin embargo, esta posición fue revertida por una decisión que el panel ampliado del TAS fue el 3 de abril de 2012 (n o 8 As 6/2011) en el caso de M me Novotna , solicitante en el presente caso. La cámara ampliada decía en particular lo siguiente :

“ La disposición marco contenida en el artículo 46 de la ley [PSP] sobre la obligación de que las personas se sometan a la vacunación y los detalles agregados por el [decreto ministerial de 2006] cumplen con los

requisitos constitucionales según los cuales las obligaciones sólo pueden imponerse sobre la base de y dentro de los límites de la ley (artículo 4 § 1 de la Carta) y las limitaciones de los derechos y libertades fundamentales sólo pueden establecerse por ley (artículo 4 § 2 de la Carta). "

87 . La sala ampliada indicó que una situación en la que las obligaciones cruciales están previstas por una ley (adoptada por el Parlamento) y especificadas por un texto reglamentario dentro de los límites establecidos por esta ley era compatible con el artículo 4 § 2 de la Carta. Declaró respecto al artículo 26 § 1 del Convenio de Oviedo que era similar a los artículos 8 al 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Explicó que, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, los términos " previstos por la ley " utilizados en los artículos 8 a 11 se interpretan en el sentido material, para referirse no solo a una ley aprobada por un parlamento, sino también cualquier norma legal accesible y predecible. De ello dedujo que ninguna de estas disposiciones impedía que las sutilezas de la obligación de vacunación se rijan por un texto de implementación, ya que se procedía sobre la base y dentro de los límites de la ley. Explicó que, en el caso que nos ocupa, la ley PSP ofrece un marco suficientemente claro y preciso, imponiendo a determinadas categorías de personas, de forma válida y específica, la obligación de vacunarse después de haber superado una prueba de inmunidad. Agregó que, si bien el artículo 46 del PSP no definía los términos " vacunación válida y específica ", Sin embargo, sacó a relucir su significado fundamental. También dijo que el decreto ministerial de 2000 luego especificó los tipos de enfermedades, el calendario de vacunación y otros aspectos del proceso de vacunación. Consideró que el enfoque legislativo elegido permitió reaccionar con flexibilidad ante una determinada situación epidemiológica y los avances de la ciencia médica y la farmacología, pero que, sin embargo, no impidió que un caso particular fuera remitido a los tribunales, con miras a una evaluación de la proporcionalidad, las restricciones a los derechos fundamentales previstas por el decreto ministerial.

88 . En la sentencia n o 4 Aces 2/2011 de 25 de abril de 2012, el TAS enfatizó particularmente que, contrariamente a lo que sucedía con la vacuna triple vírica, el Decreto Ministerial de 2006, una variedad de límites oportuna y legalmente vinculantes, limita la edad de la obligación de vacunación relacionada con la implementación. de la primera serie de vacunas y / o dosis de refuerzo contra la difteria, el tétanos, la tos ferina, la hepatitis B, las infecciones por *Haemophilus influenzae* tipo b (especificó que el artículo 4 § 1 disponía que la última dosis de la vacuna hexavalente debía administrarse antes de la edad de dieciocho meses). Concluyó que se trataba de una norma jurídica completa e impecable (*perfektní právní norma*), lo que significaba que no - la observación se castiga con sanción en virtud de la ley de IM.

89 . En la sentencia n o 8 As 20/2012 de 29 de marzo de 2013, el TAS señaló, con respecto a circunstancias excepcionales que probablemente superen la necesidad de proteger la salud pública en el sentido de la jurisprudencia *Vavricka* (párrafo 28 anterior), que el solicitante no estaba alegando , por ejemplo, que el hecho de recibir la vacuna en cuestión fue de tal naturaleza que perjudicó su condición, o la de sus padres, asumiendo que eran miembros de una comunidad religiosa, o les impidiera manifestar sus convicciones. Ella sintió que una opinión diferente de los padres del demandante no era suficiente. Explicó que la obligación de vacunación persigue un objetivo legítimo, a saber, la protección de la salud pública, que tiene más peso que las diferentes opiniones expresadas por los padres de los niños afectados. Agregó que, si bien toda persona tiene derecho a tener una opinión y a expresarla libremente (artículos 15 y 16 de la Carta), esto no significa que esté autorizada, en un estado de derecho democrático, a no respetar las normas de fuerza. Declaró que su incumplimiento conlleva las consecuencias previstas por la ley.

2. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

a) Sentencia n o PI. ÚS [19/14](#) de 27 de enero de 2015

90 . En el marco del procedimiento de recurso constitucional n . o I.ÚS [1253/14](#) (párrafo 93 infra), en el que los padres de un menor denunciaron que se les había ordenado pagar una multa de 4000 coronas checas cada uno por negarse a que su hijo fuera sometido a la vacunación de rutina, la audiencia de la cámara envió al plenario la formación de solicitud separada (*akcesorický návrh*) de los recurrentes que solicitan la anulación del artículo 46 de la ley y el artículo 29 § 1 f) del PSP de la ley IM. Basándose en la decisión n o 3 Ads 42/2010 CAS (párrafo 85 supra - supra), los padres alegaron que las disposiciones en cuestión eran contrarias al artículo 4 de la Carta. Alegaron además que las normas relativas a la vacunación obligatoria eran contrarias a los artículos 5, 6 y 26 del Convenio de Oviedo, argumentando que no se trataba de una medida necesaria para la protección de la salud pública, dada la ausencia de una base objetiva que han sido proporcionados por un análisis exhaustivo e independiente. Invocando su derecho a la dignidad y su derecho al respeto de su

integridad física, así como su libertad de pensamiento y conciencia, afirmaron haber rechazado la vacunación en interés del niño, con el fin de proteger su salud. Por tanto, consideraron que podían solicitar una excepción en el sentido de la jurisprudencia. *Vavříčka* (véase el párrafo 28 anterior). A este respecto, señalaron que la actitud de cada individuo frente a la vacunación se basaba en su posición personal y no en datos objetivos. A sus ojos, por tanto, era impensable que una autoridad administrativa pudiera pronunciarse sobre el carácter “correcto” o “justificado” de las condenas de los padres en este asunto. Refiriéndose al artículo 24 de la Convención de Oviedo, los autores del recurso de apelación señalaron que el Estado no asumió responsabilidad alguna por los efectos secundarios o daños a la salud ocasionados por la vacunación. Por tanto, estimaron que no existía un equilibrio justo entre las exigencias del interés general y los derechos del individuo.

91. Mediante resolución no PI. ÚS 19/14 de 27 de enero de 2015, la formación pleno de la Corte Constitucional rechazó la solicitud por separado mencionó anteriormente.

Observó que las normas relativas a la vacunación obligatoria eran plenamente competencia del legislador nacional. En cuanto a la regla de que determinadas materias solo pueden ser reguladas por una ley aprobada por el Parlamento (artículo 4 de la Carta), el Tribunal Constitucional aprobó las conclusiones de la sala ampliada del TAD en la sentencia no 8 As 6/2011 (párrafo 86encima). Consideró que los términos del artículo 46 de la ley PSP eran suficientemente claros y comprensibles y que definían adecuadamente todos los parámetros necesarios para la promulgación de un reglamento en los puntos de detalle. Indicó que este dispositivo permitió reaccionar rápidamente a la situación epidemiológica y al estado del conocimiento en los campos médico y farmacológico.

Manifestó que la obligación de vacunación constituía una injerencia en el ejercicio por parte de un individuo de su derecho a la integridad física y, en consecuencia, de su derecho al respeto de su vida privada o familiar. Agregó que, como restricción a este derecho fundamental, la obligación de vacunar iba acompañada de garantías destinadas a limitar al máximo los posibles abusos y evitar que esta intervención médica se realizara cuando no se cumplieran las condiciones (artículo 46 § 2 y 3). Explicó que la compatibilidad de esta restricción con el derecho al respeto de la vida privada debía establecerse después de una revisión de cinco pasos. En primer lugar, la cuestión en discusión tenía que estar comprendida en el ámbito material de los derechos restringidos, lo cual es inconfundible en el presente caso. En segundo lugar, se debía poner en entredicho el derecho en cuestión, como sucedía en el presente caso, en forma de atentado a la integridad física de la persona vacunada o, en el caso de los menores de quince años, el derecho de sus padres a tomar decisiones sobre su salud y educación, o incluso, en su caso, el derecho de toda persona a manifestar libremente su religión o creencias. En tercer lugar, la restricción impugnada debía ajustarse a la ley y, en este caso, era el término "derecho" para ser entendido en su sentido material, es decir, que incluye textos normativos. En cuarto lugar, la restricción tenía que perseguir un fin legítimo, como era el caso en el caso, ya que se trataba de una cuestión de protección de la salud. En quinto y último lugar, la restricción debe parecer necesaria, como fue el caso en el presente caso, ya que se desprende de los datos obtenidos de expertos nacionales e internacionales, cuya valoración recayó en los poderes legislativo y ejecutivo, y no en el Constitucional. Tribunal - que para las enfermedades infecciosas mencionadas se recomienda la estrategia general de vacunación y que el interés por proteger la salud pública supera los argumentos de los autores del llamamiento, que se oponen a la vacunación.

En *obiter dictum*, el Tribunal Constitucional sostuvo refiriéndose al artículo 24 de la Convención de Oviedo que, si el Estado imponía sanciones por incumplimiento de la obligación de vacunación, también debe prever la situación en la que la vacunación ocasiona daños a la salud del paciente. Concluyó que incumbía a la legislatura considerar las reglas sobre la responsabilidad del estado por tales consecuencias y aclaró que esto no era infrecuente en otros estados.

b) Decisión o III. ÚS 3311/12 de 17 de agosto de 2015

92. Con esta decisión, el Tribunal Constitucional desestimó un recurso de casación interpuesto por los padres que se habían negado a la vacunación rutinaria de su hijo y, por tanto, habían sido multados al final del proceso por un delito menor. El tribunal superior observó en particular lo siguiente :

« 29 (...) [E] l caso presente no es (...) un caso excepcional en el que circunstancias especiales impedirían el cumplimiento de la obligación de vacunación. En el caso de los autores del recurso de casación (...), el Tribunal Constitucional no detecta ningún motivo excepcional que justifique no sancionar a los interesados por negarse a someter a su [hijo] a la vacunación obligatoria por considerar que una

sanción sería suponga una vulneración de su libertad de pensamiento y de conciencia. El Tribunal Constitucional no advierte razones excepcionales, ni expone de manera convincente y coherente,

30. Los argumentos de las partes interesadas (...) han quedado completamente anclados en la generalidad ; los autores de la apelación ... actuaron sobre la base de una convicción general relacionada con el interés superior del niño. Rechazaron la vacunación basándose en una opinión que se habían formado (solo) al estudiar libros y otras fuentes de información. Una opinión general así presentada no puede equipararse con razones singulares y constitucionalmente relevantes para rechazar la vacunación. Las afirmaciones de los autores de la apelación no son suficientemente convincentes. Con el tiempo, incluso resultaron ser inconsistentes. : efectivamente, durante el trámite ante las autoridades administrativas, los interesados expusieron sus alegatos (...) de forma mucho más urgente que durante el trámite llevado a cabo ante los tribunales administrativos, durante el cual no se colocaron en el corazón de su argumento las razones personales de su negativa, sino un análisis general relativo al (...) cumplimiento al orden constitucional de la legislación sobre vacunación obligatoria. Ante el Tribunal Constitucional, los interesados volvieron a centrarse en las razones por las que se negaron a vacunarse en su caso particular. Sin embargo, no plantearon ninguna circunstancia relevante (indicaron que su [hijo] se encontraba en buen estado de salud y que simplemente contraía enfermedades comunes de vez en cuando) para corroborar [la existencia de] injerencia en el ejercicio de los derechos y libertades garantizadas por la Constitución. "

c) La decisión n o I. nos 1253/14 de 22 de diciembre 2.015

93 . El caso fue llevado ante el Tribunal Constitucional por padres que habían sido multados por negarse a someter a su hijo a varias vacunas obligatorias. En su sentencia sobre su denuncia constitucional, el tribunal superior desarrolló y aclaró las conclusiones que había formulado en el caso *Vavříčka* (véase el párrafo 28 anterior). Sobre el tema del derecho a la “ objeción de conciencia secular ”, dijo :

“ 42. En cuanto a la legitimidad de la objeción de conciencia secular, la existencia de la sentencia constitucional [dictada en el caso *Vavříčka*] conduce a los siguientes criterios, que deben ser satisfechos acumulativamente : 1) relevancia constitucional los argumentos contenidos en la objeción de conciencia, 2) la naturaleza apremiante de las razones por las que el titular de las libertades fundamentales avanza en apoyo de su objeción, 3) la coherencia y el carácter convincente de los argumentos del interesado y 4) las consecuencias cuestiones sociales que la aceptación de una objeción de conciencia laica podría conllevar en el asunto en cuestión.

43. [En la sentencia *Vavříčka* ,] el Tribunal Constitucional dictaminó que, cuando se cumplieran todas las condiciones anteriores, no debería exigirse la vacunación (obligatoria) de la persona en cuestión ; es decir, no era necesario sancionar el incumplimiento de la obligación de vacunación o, en este caso, imponer su implementación por otros medios (...)

44. Los argumentos que sustentan la objeción de conciencia secular a la obligación de vacunación tienen una dimensión constitucional debido al conflicto entre, por un lado, la protección de la salud pública y, por otro, la salud pública de la persona en cuyo favor la conciencia se presenta una objeción (...). No podemos descuidar el argumento de los padres relativo a una injerencia en el ejercicio de su derecho a cuidar de su hijo (...) Artículo 15 § 1 [de la Carta] sobre la libertad de conciencia o la creencia, un derecho fundamental, está en el centro del caso. Tampoco podemos ignorar un argumento muy a menudo avanzado de que la vacunación es un ataque a la integridad corporal. (...) Además, todos estos casos se refieren a derechos fundamentales que pueden equilibrarse entre sí (para lograr un equilibrio óptimo).

45. El carácter imperioso de los motivos de la objeción de conciencia a la vacunación obligatoria es sin duda alguna de carácter subjetivo. Es el famoso “ aquí y ahora ”, que impide que [el interesado] cumpla incondicionalmente con un requisito legal. Es difícil definir la variedad de elementos que constituyen una objeción ; No cabe duda de que un elemento potencial es la convicción de que se puede causar un daño irreversible a la salud de un ser querido. En el caso de un menor que esté representado por un representante legal, se deben tener en cuenta aspectos particulares de su interés en evitar la vacunación.

46. El carácter convincente y coherente de los argumentos que subyacen a una objeción de conciencia secular debe evaluarse *ad personam* ; no puede someterse a la prueba de la veracidad objetiva. El contenido de estos argumentos no debe estar desprovisto de una dimensión valorativa, ni debe romper

con el contexto social, pero sobre todo, debe ser adecuado para quien argumenta y sus allegados. El Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad [en el caso *Vavříčka*] solicitar al autor de la excepción que se comunique con la autoridad pública competente, es decir, que no espere a que las etapas avanzadas del procedimiento justifiquen su condena. Esto sigue siendo válido, y no hace falta decir que la forma en que se expresa la conciencia de esa persona debe ser inequívoca y suficientemente (adecuadamente) comprensible.

47. Finalmente, con el debido respeto al carácter autónomo de la manifestación de la voluntad, si se acepta una objeción de conciencia secular, las consecuencias sociales que se deriven de ella no deben exceder el ámbito de los fines legítimos vinculados al dominio del derecho de que se trate. En el presente caso, esto significa, en particular, que debe tenerse en cuenta el nivel deseable de cobertura de vacunación (...). La exención otorgada no debe asociarse con conclusiones que permitan que tal excepción se convierta en la regla.

(...)

49. En cuanto a la relación entre los dos tipos de objeciones de conciencia, la de carácter religioso y la de carácter laico, el Tribunal Constitucional concluye que dentro de un Estado laico (artículo 2 § 1 de la Carta) no debe tratarse diferente (...)

50. (...) [L] a denegación de la vacunación obligatoria por motivos de religión y convicciones, que no pueden descartarse totalmente, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, debe seguir siendo una excepción interpretada de manera restrictiva - el Tribunal Constitucional ha ya aceptó tal excepción sobre la base de bases sólidas , pero no debe convertirse en una dispensa otorgada automáticamente a una denominación específica oa un grupo de personas que profesan creencias particulares.

51. Todo lo anterior también se aplica, con igual fuerza, a los casos en los que se plantea una objeción de conciencia secular cuando una persona debe recibir una vacuna obligatoria (...) [Una] derogación de la obligación legal solo puede considerarse en una situación excepcional estrechamente ligada a la persona sujeta a la obligación de vacunación, oa personas muy cercanas a él (puede ser por ejemplo una reacción muy negativa a una vacunación previa que afectó a esta persona oa su hijo). Una conclusión diferente contradeciría el hecho de que la obligación de vacunación sirve para proteger la salud pública, habiendo sido aprobada la elección [de este enfoque] legal para lograr el objetivo perseguido en las sentencias del Tribunal Constitucional núms. Pl. ÚS [19/14](#) te Pl. USO [16/14](#) . »

II. JURISPRUDENCIA COMPARADA

A. Jurisprudencia constitucional

94 . La jurisprudencia constitucional pertinente presentada aquí , a continuación, se enumera en la base de datos CODICES de la Comisión de Venecia.

1. *Francia*

95 . En el caso No. o 2015-458 QPC , el Consejo Constitucional francés ha considerado una cuestión prioritaria de constitucionalidad que le había sometido el Tribunal Supremo con respecto a determinadas disposiciones del Código de Salud Pública. Estas disposiciones se relacionan con las obligaciones de vacunación contra la difteria, el tétanos y la poliomielitis de los niños menores de edad, bajo la responsabilidad de sus padres. Los demandantes en el procedimiento inicial alegaron que estas vacunaciones obligatorias podrían suponer un riesgo para la salud contrario al requisito constitucional de protección de la salud.

96 . Mediante resolución de 20 de marzo de 2015, el Consejo Constitucional declaró las disposiciones en cuestión de conformidad con la Constitución. Señaló que, al imponer estas obligaciones de vacunación, el legislador tenía la intención de luchar contra tres enfermedades graves y contagiosas que no se pueden erradicar. Indicó que, al hacerlo, el legislador había especificado que cada una de estas obligaciones de vacunación solo era necesaria si no existía una contraindicación médica reconocida.

97 . El Consejo Constitucional consideró que estaba abierto al legislador la definición de una política de vacunación para proteger la salud individual y colectiva. La decisión también especifica que no corresponde al Consejo Constitucional, que no tiene una facultad general de apreciación y decisión de la misma naturaleza que la del Parlamento, cuestionar, a la luz del estado de los conocimientos científicos, las medidas adoptadas por el legislador o para saber si el objetivo de protección de la salud que el legislador se ha fijado podría haberse logrado por otros medios, ya que las modalidades adoptadas por la ley no son manifiestamente inapropiadas para el fin pretendido.

2. *Hungría*

98 . Por sentencia constitucional de 20 de junio de 2007 en el asunto o 39/2007, el Tribunal Constitucional húngaro se pronunció sobre una apelación de una pareja casada que se negó a vacunar a su hijo y cuestionó la constitucionalidad de la ley de salud de 1997, que preveía la vacunación obligatoria. . El incumplimiento de la obligación de vacunación justificó la adopción de una decisión administrativa ordenando la vacunación, y esta decisión fue directamente ejecutable y no sujeta a recurso.

99. En su sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo en particular que la protección de la salud de los niños justificaba la obligatoriedad de la vacunación a determinadas edades y aceptó la posición del legislador, con base en datos científicos, según la cual las ventajas que presentaba la vacunación para la población El individuo y la sociedad superaron cualquier posible daño debido a los efectos secundarios. Dijo que, por lo tanto, el sistema de vacunación obligatoria no violaba el derecho de los niños a la integridad física. Al mismo tiempo, reconoció que este sistema podría causar un daño mayor a los padres que se niegan a vacunarse por motivos relacionados con su conciencia o sus convicciones religiosas. Sin embargo, consideró que las disposiciones denunciadas satisfacían los requisitos de neutralidad del Estado. Añadió que las normas legales en cuestión, que eran vinculantes para todos y que protegían la salud de los niños afectados, de todos los demás niños y, de hecho, de la sociedad en su conjunto, se basaban en datos biológicos, no en una ideología que ser considerado verdadero.

100 . No obstante, el Tribunal Constitucional tomó nota de la existencia de una omisión legislativa inconstitucional y señaló al respecto que el Parlamento no había previsto un recurso efectivo para las personas a las que se les niega la exención de la vacunación obligatoria. En particular, declaró que la disposición legal que permitía la ejecución inmediata de una decisión ordenando la vacunación, sin posibilidad de recurso, era inconstitucional, por lo que fue nula.

3. *Macedonia del Norte*

101 . En el caso No. o U.Br. El 30 de 2014, el Tribunal Constitucional de Macedonia del Norte examinó la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales relativas a la obligación de vacunación de los niños y las consecuencias de su incumplimiento. La ley pertinente preveía la vacunación obligatoria de todas las personas de una determinada edad contra la tuberculosis, la difteria, el tétanos, la tos ferina, la poliomielitis, el sarampión, las paperas, la rubéola, las infecciones por *Haemophilus influenzae* tipo b y la hepatitis B. En su sentencia de 8 de octubre de 2014, el Tribunal Constitucional llegó a las siguientes conclusiones en particular.

102 . Declaró que la obligación de vacunarse no puede ser cuestionada ni con respecto a las disposiciones de la Constitución relativas al derecho y la obligación de los ciudadanos de proteger y promover su salud y la de los demás, ni con respecto a las disposiciones relativas al derecho y la obligación. de los padres para cuidar y criar a sus hijos. Consideró que, al rechazar la vacunación, los padres ponen en peligro no solo la salud de sus hijos sino también la de terceros no vacunados por contraindicaciones médicas, privando así a estas personas del derecho a vivir con buena salud.

103 . El tribunal superior consideró que la salud del niño y el derecho a la salud del niño , que gozaba de un nivel de protección particular, justificaba la injerencia en la libertad de los padres de negarse a la vacunación, sobre la base de que el derecho del niño a la salud prevalecía sobre el de los padres. Libertad de Elección.

104 . Agregó que nada impidió al legislador determinar la política penal y prever la sanción de una multa en caso de incumplimiento de la obligación de vacunación.

105. También declaró que nada impedía que el legislador condicionara la matriculación de niños en la escuela primaria a que los padres presentaran prueba de que su hijo había sido vacunado. Al respecto, señaló en particular que el derecho de todos los niños de una determinada edad a estar matriculados en primer grado implicaba la afluencia de un gran número de escolares de diversos sectores y orígenes, lo que en sí mismo generaba un riesgo de propagación de determinadas enfermedades. Añadió que se debería recordar a los padres que se oponen a la vacunación que otros padres también tienen derecho a la protección de sus hijos contra enfermedades graves y que los niños no vacunados corren un mayor riesgo de propagación de enfermedades, especialmente en la zona. Servicios de guardería y guardería,

4. *Italia*

a) La Parada Constitucional n o 5/2018

106 . En esta sentencia dictada el 22 de noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional italiano examinó la validez constitucional de un decreto-ley adoptado como medida de emergencia para reducir el número de vacunas de cuatro a diez. El decreto-ley estableció que las diez vacunas en cuestión eran una condición para el acceso a los servicios de educación infantil. La sanción prevista en caso de incumplimiento de esta obligación fue una multa administrativa. Este régimen fue impugnado por varios motivos, uno de los cuales fue decir que representaba una infracción injustificada a la garantía constitucional de autonomía individual. Este argumento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, que adoptó el razonamiento que se expone a continuación.

107 . El tribunal superior subrayó la naturaleza preventiva de la vacunación, el nivel crítico de cobertura de vacunación que existía entonces en Italia y las tendencias actuales que sugerían una caída en la tasa de vacunación. Consideró que las medidas legislativas adoptadas correspondían a la discreción y responsabilidad política de las autoridades, a las que correspondía evaluar la imperiosa necesidad de intervenir de manera urgente ante el surgimiento de situaciones de crisis, y hacerlo a la luz de nueva información y nuevos datos epidemiológicos. Agregó que las autoridades deben intervenir de acuerdo con el principio de precaución e indicó que este principio era inherente al enfoque de la medicación preventiva y tenía una importancia fundamental para la salud pública.

108 . Luego de declarar que las tendencias de la opinión pública que entonces equivalían a juzgar la vacunación como innecesaria o peligrosa carecían de base científica, la Corte Constitucional señaló que, en la práctica médica, las recomendaciones y obligaciones eran conceptos relacionados y que, por lo tanto, el hecho de que seis vacunas simplemente recomendaran convertirse en obligatorias no cambió fundamentalmente su estatus. Consideró además que exigir un certificado médico al inscribirse en la escuela e imponer multas eran medidas razonables, en particular, si el legislador había previsto la aplicación de medidas antes de la imposición de tales sanciones, a saber, reuniones individuales con los padres y tutores para informarles de la eficacia de la vacunación.

109 . El Tribunal Constitucional recordó su constante jurisprudencia según la cual, en el ámbito de la vacunación, es necesario lograr un equilibrio entre el derecho individual a la salud (incluida la libertad en materia de tratamiento) y los derechos paralelos y recíprocos de las demás personas, el los intereses de la comunidad, así como, en caso de vacunación obligatoria, los intereses de los niños, que deben ser protegidos incluso en relación con los padres que no cumplen con su obligación de cuidado.

110 . El tribunal superior declaró que la defensa de los intereses de los hijos menores pasa sobre todo por el ejercicio, por parte de los padres, del derecho y la obligación conjunta de tomar las medidas adecuadas para proteger la salud de sus hijos. Sin embargo, precisó que esta libertad no llegaba a autorizar opciones que pudieran ser perjudiciales para la salud de los menores.

111 . El Tribunal Constitucional sostuvo que bajo las siguientes condiciones una ley que requiera tratamiento en materia de salud no es incompatible con la Constitución : si el tratamiento en cuestión tiene como objetivo no solo mejorar o proteger la salud del paciente, sino también preservar la salud del otros ; si no hubiera motivos para creer que este tratamiento pudiera tener consecuencias negativas para la salud del paciente, con la única excepción de los efectos habituales, que por tanto son tolerables ; y si, en caso de que se produjeran daños, se dispuso el pago de una indemnización justa a la parte perjudicada, independientemente de cualquier indemnización a la que de otro modo tendría derecho.

112 . El alto tribunal también observó que la cuestión de la vacunación tocaba muchos valores constitucionales, cuya coexistencia dejaba al legislador una cierta libertad en la elección de los medios para prevenir eficazmente las enfermedades infecciosas. Agregó que esta libertad debe ejercitarse a la luz de los diversos parámetros sanitarios y epidemiológicos identificados por las autoridades responsables, así como el avance constante de la investigación médica, que debe orientar al legislador en sus elecciones en esta materia.

b) El constitucional se detiene n huesos 307/1990 y 118/1996

113 . En un caso anterior (n. ° 307/1990) dictado el 14 de junio de 1990, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional una ley que ordenaba la vacunación contra la poliomielitis con el argumento de que el texto no preveía una indemnización en ausencia de responsabilidad por culpa, para las personas que hayan sufrido daños a su salud como resultado de dicha vacunación.

114 . La ley adoptada a partir de entonces (Ley o 210 de 25 de febrero de 1992) fue examinada por el Tribunal Constitucional, que procedió a detener el n o 118/1996 de 18 de abril de 1996. El Tribunal Supremo

habló de las dos partes de la salud, desde el punto de vista de visión del derecho constitucional : uno, individual y subjetivo, correspondiente a un derecho fundamental del individuo ; el otro, social y objetivo, considerando la salud como un interés comunitario. Declaró que no era posible excluir completamente el riesgo de daño a la salud de un individuo y que, por lo tanto, el legislador había logrado un equilibrio, haciendo prevalecer el aspecto colectivo de la salud. Sin embargo, agregó que a ningún individuo se le puede pedir que sacrifique su salud para preservar la de los demás, sin otorgarle una compensación justa en caso de daños causados por el tratamiento médico. Declaró que la ley en cuestión era contraria a la Constitución, ya que no preveía una indemnización para las personas que hubieran sufrido daños a su salud causados por la vacunación obligatoria antes de la entrada en vigor de la ley. Observó que tales daños daban lugar a un derecho a indemnización en virtud de la propia Constitución,

c) La resolución constitucional n o 268/2018

115 . Esta sentencia, dictada el 22 de noviembre 2017 como juicio no.5 / 2018 (véase el párrafo 106 más arriba), se refería a una situación legislativa caracterizado por la ausencia de una compensación en caso de daños a la salud causados por una vacuna recomendada. Pero no obligatoria. El Tribunal Constitucional sostuvo que no existía diferencia cualitativa entre la vacunación obligatoria y la vacunación recomendada y que el punto clave era el objetivo fundamental que se perseguía mediante los dos tipos de vacunación, a saber, la prevención de enfermedades infecciosas. Por lo tanto, dictaminó que la exclusión de toda compensación era inconstitucional.

5. *República de Moldova*

116 . En la sentencia n o 26 de 30 de octubre de 2018, el Tribunal Constitucional de Moldova se pronunció sobre un recurso de apelación en el que el autor denunciaba que determinadas leyes subordinaban la admisión de niños en comunidades, instituciones educativas y centros recreativos a su vacunación profiláctica rutinaria, que según él limitaba acceso a la educación.

117 . El Tribunal Constitucional señaló, en particular, que los objetivos legítimos perseguidos por las disposiciones impugnadas radican en la protección de la salud de los niños, así como de la salud pública, frente a enfermedades graves que se propagan más cuando las tasas de vacunación son bajas. Agregó que limitar el acceso a los niños no vacunados sin contraindicaciones, por un período limitado de tiempo, mientras se espera a que sean vacunados, es una medida menos intrusiva para el derecho al respeto, la privacidad y el derecho a la educación y que puede lograr efectivamente los objetivos buscados.

118 . El tribunal superior equilibró, por un lado, el principio de protección de la salud y, por otro, los principios de acceso a la educación y respeto a la vida privada. Afirmó que la negativa a vacunar a los niños en ausencia de contraindicaciones no solo conduciría a su exclusión mientras esperan la vacunación, sino que también los pondría en riesgo de contraer una enfermedad. Agregó que una violación a la salud de los niños también tiene efectos negativos sobre otros derechos que se les reconocen.

119 . La Corte Constitucional también dictaminó que los niños que podían ser ingresados a pesar de contraindicaciones para la vacunación también estaban expuestos al riesgo de contraer una enfermedad contagiosa por parte de niños no vacunados que no presentaban contraindicaciones. Argumentó que no se podían ignorar las consecuencias de las acciones de un individuo sobre sus pares inocentes y que, en el contexto en cuestión, el individuo no estaba ejerciendo sus derechos en un vacío sino dentro de una sociedad organizada.

120 . El tribunal superior declaró que los niños cuyos padres no querían que fueran vacunados, a pesar de la ausencia de contraindicaciones, tenían otras formas de aprendizaje a su disposición. En cuanto a las oportunidades de esparcimiento de los niños de esta categoría, añadió que el ejercicio del derecho a la intimidad social no era un elemento fundamental de su derecho al respeto de la vida privada.

121 . Finalmente, consideró objetivamente justificada y razonable la diferencia de trato entre, por un lado, los niños vacunados y, por otro, los niños que podrían haber sido vacunados pero que no lo fueron.

6. *Serbia*

122 . En el caso núm. O luz-48/2016, el Tribunal Constitucional de Serbia examinó varias acciones encaminadas a la constitucionalidad de determinadas disposiciones legislativas sobre vacunación y cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por Serbia.

123 . Pour ce qui est de la nécessité, dans une société démocratique, des mesures imposées par les dispositions contestées, la Cour constitutionnelle releva que les registres de vaccination disponibles pour 2015

affichaient le taux de vaccination le plus faible des dix dernières années pour les vaccins inscrits dans el calendario. Dijo que esto aumentaba el riesgo de brotes de enfermedades transmisibles, que según dijo se habían prevenido durante décadas con la vacunación, y explicó al respecto que prevenir un brote requiere un alto nivel de inmunidad colectiva. Considerando todas las circunstancias, incluida la obligación de todos de respetar el interés general y no poner en peligro la salud de los demás, concluye que se cumplió el criterio de necesidad.

124 . Respecto al argumento de que los niños no vacunados serían discriminados frente a los niños vacunados en el sentido de que los primeros serían privados de su derecho constitucional a la educación, la Corte Constitucional dictaminó que el hecho de que no se pueda interpretar la vacunación de niños condiciona su matriculación en una escuela como baja. de conformidad con la Constitución de cualquier forma de discriminación en su derecho a la educación. Explicó al respecto que todos los niños de un determinado grupo de edad estaban sujetos a la obligación de vacunación, excepto los que tuvieran una contraindicación médica, y que, dado que esta obligación se aplicaba indistintamente a todos los miembros del grupo en cuestión,

7. *Eslovaquia*

125 . La jurisprudencia pertinente se discute en el párrafo 229 de abajo - abajo.

8. *Eslovenia*

126 . En un fallo emitido el 12 de febrero de 2004 en el caso n o IU-127/01, el Tribunal Constitucional de Eslovenia confirmó la constitucionalidad de un sistema de vacunación obligatoria contra la tuberculosis, la difteria, el tétanos, la tos ferina, la parálisis infantil, el sarampión, las paperas, la rubéola y hepatitis B. No obstante, señaló deficiencias en la normativa vigente y su aplicación en relación con el dispositivo mediante el cual una persona podría solicitar la exención de la obligación de vacunación por contraindicación médica.

127 . También encontró otra falla en el hecho de que la legislación no contenía disposiciones sobre el derecho a indemnización por daños a la salud causados por los efectos secundarios de una vacuna. En particular, declaró que en relación con el principio de solidaridad, que según ella era la base misma de la obligación de vacunación, el Estado que tomó tal medida en beneficio de todos debería estar obligado a indemnizar a las personas que sufrieron efectos secundarios nocivos. .

B.Reino Unido

128 . En una sentencia de 22 de mayo de 2020 relativa a un caso que se refería a la administración de vacunas, a pesar de la objeción de los padres, a un bebé puesto bajo la protección de una autoridad local (*Re H (Un niño) (Responsabilidad parental : Vacunación)*, [2020] EWCA Civ 664), el Tribunal de Apelación concluyó lo siguiente :

“ I) Aunque las vacunas no son obligatorias, la evidencia científica actual establece claramente que es en el mejor interés de la salud del niño vacunarse según las instrucciones de *Public Health England* [organismo inglés para la salud pública], excepto en el caso de una contraindicación particular para un individuo en particular.

ii) De acuerdo con [la disposición legal aplicable], la autoridad local designada por una orden para el cuidado de un niño puede proporcionar y dar su consentimiento para la vacunación de ese niño si considera que esta medida es lo mejor para él, sin perjuicio de la objeción de los padres.

iii) La administración de vacunaciones de rutina o de rutina no puede considerarse un asunto " grave " o " grave ". A menos que exista evidencia significativa que sugiera que, de manera excepcional, la vacunación puede no ser en el interés *superior* de un niño, no es necesario ni apropiado que una autoridad local remita el asunto al *Tribunal Superior* en cada caso donde un el padre rechaza la vacuna que se le ofrece a su hijo. Este enfoque por parte de una autoridad local implica, de hecho, utilizar tiempo y recursos cuando son limitados, reunir conocimientos médicos innecesarios y llevarlos al *Tribunal Superior*. el tiempo que es preferible dedicarlo a uno de los casos graves y urgentes que se encuentran permanentemente pendientes ante la Sala de Familia.

(iv) Las opiniones de los padres sobre la vacunación siempre deben tenerse en cuenta, pero el caso no debe decidirse sobre esa base, a menos que este consejo tenga un impacto real en el bienestar del niño. "

III. DERECHO Y PRÁCTICA INTERNACIONALES Y EUROPE ENS

A. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

129 . El pacto, que forma parte del ordenamiento jurídico de la República Checa (decreto del Ministerio de Asuntos Exteriores n o 120/1976 Coll., En relación con el artículo 1 de la Ley constitucional n o 4/1993 Coll.). Su parte relevante en este caso dice lo siguiente :

Artículo 12

" 1. Los É Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho que tiene toda persona al más alto nivel posible de alcanzables salud física y mental.

2. Las medidas que É Estados Partes en el presente Pacto para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para asegurar :

(...)

c) La profilaxis y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales y de otro tipo, así como el control de estas enfermedades ;

(...) »

130 . En la Observación general o 14 sobre el derecho a la mejor salud posible, publicada el 11 de agosto de 2000 (E / C.12 / 2000/4), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señaló en particular lo siguiente :

" [Artículo 12, párrafo 2 c). El derecho a la profilaxis y el tratamiento de las enfermedades y al control de las enfermedades]

16. (...) El control de enfermedades implica [establecer] programas de vacunación y otras estrategias de control de enfermedades infecciosas o [mejorar] los programas existentes.

(...)

[Obligaciones legales específicas]

36. La obligación de cumplir el derecho a la salud requiere que los Estados Partes, entre otras cosas, velen por que tenga un lugar suficiente en el sistema político y jurídico nacional (preferiblemente mediante la aprobación de legislación) y adopten una política nacional de salud que incluya una detallada planeación darle efecto. Los Estados deben garantizar la prestación de servicios de salud, incluida la implementación de programas de vacunación contra las principales enfermedades infecciosas (...)

(...)

[Obligaciones básicas]

44. El Comité también confirma que las siguientes obligaciones tienen igual prioridad :

(...)

b) Vacunar a la comunidad contra las principales enfermedades infecciosas ;

c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades epidémicas y endémicas ; "

131 . En sus observaciones finales elaboradas durante la revisión periódica de un estado en particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha subrayado repetidamente la obligación de inmunizar preventivamente al mayor porcentaje posible de la población (ver, por ejemplo, las observaciones de 7 Junio de 2010 sobre Kazajstán (E / C.12 / KAZ / CO / 1), § 4). En ocasiones también ha criticado la disminución de la tasa de vacunación (véanse, por ejemplo, los comentarios del 13 de diciembre de 2013 sobre Egipto (E / C.12 / EGY / CO / 2-4), § 21) y d " pide una reversión de la tendencia decreciente (véanse, por ejemplo, los comentarios del 13 de junio de 2014 sobre Ucrania (E / C.12 / UKR / CO / 6), párr. 19).

B. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño

132 . Este acuerdo también es parte integrante del ordenamiento jurídico de la República Checa (Ministerio Federal de Asuntos Exteriores de notificación n o 104/1991 Coll., En relación con el artículo 1 de la Ley constitucional n o 4/1993 Coll.).

El artículo 3 § 1 de esta convención establece :

" En todas las decisiones que afectan a los niños, ya sean tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial. "

En sus partes relevantes, el artículo 24 dice lo siguiente :

" 1. Los Estados Partes É reconocen el derecho del niño al más alto nivel posible de salud (...) Se esfuerzan por garantizar que ningún niño sea privado de su derecho al acceso [a los servicios de salud].

2. Los Estados Partes E procurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para :

- a) Reducir la mortalidad de lactantes y niños ;
- b) Brindar a todos los niños la asistencia médica y la atención de salud necesarias, haciendo especial hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud ;
- c) Luchar contra las enfermedades (...), incluso en el marco de la atención primaria de salud (...);
(...)
- e) Asegurar que todos los grupos de la sociedad, en particular los padres y los niños, reciban información sobre la salud (...) del niño, (...) y reciban apoyo que les permita utilizar esta información ;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva (...)"

133 . Según la Observación general o 15 del Comité de Derechos del Niño de la ONU sobre el derecho del niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud, publicada el 17 de abril de 2013 (CRC / C / GC / 15), la realización de este derecho requiere el acceso universal. a la vacunación contra enfermedades infantiles comunes.

134 . En sus observaciones finales establecidas durante la revisión periódica de un Estado en particular , a menudo el Comité de Derechos del Niño de la ONU enfatizó la necesidad de fortalecer el dispositivo de inmunización infantil, incluida una mayor cobertura de inmunización, y recomendar la inmunización completa de todos los niños. En sus observaciones del 18 de marzo de 2003, el comité describió la cobertura de vacunación en la República Checa como excelente (CRC / C / 15 / Add.201, § 3).

C.Documentos de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

135 . En su Plan de acción mundial sobre vacunas de 2013, la OMS recomendó lograr una tasa de cobertura nacional de al menos el 90 % para todas las vacunas que forman parte de los programas nacionales de inmunización. En cuanto a la vacunación en general, el plan contiene las siguientes observaciones :

“ Existe evidencia contundente que demuestra los beneficios de la vacunación como una de las intervenciones de salud más efectivas y rentables que se conocen. La vacunación durante las últimas décadas ha hecho posibles muchas cosas, incluida la erradicación de la viruela, un logro considerado como uno de los mayores triunfos de la humanidad. Las vacunas han salvado innumerables vidas, reducido la incidencia mundial de poliomielitis en un 99% y reducido las enfermedades, discapacidades y muertes por difteria, tos ferina, sarampión, infección por *Haemophilus influenzae* tipo b, tétanos y epidemias de meningitis meningocócica.

(...)

La inmunización es un componente esencial del derecho humano a la salud y una responsabilidad individual, colectiva y gubernamental, y debe ser reconocida como tal. Se estima que evita 2,5 millones de muertes cada año. A salvo de enfermedades prevenibles por vacunación, los niños vacunados pueden crecer sanos y alcanzar su máximo potencial. Estos beneficios se ven reforzados por las vacunas en la adolescencia y la edad adulta. Como parte de un paquete integral de intervenciones para prevenir y controlar enfermedades, las vacunas y la inmunización representan una inversión vital en el futuro de un país y del planeta.

(...)

En muchos sentidos, el último siglo ha sido un siglo de tratamiento, con reducciones drásticas de la morbilidad y la mortalidad como resultado, en particular, del descubrimiento y el uso de antibióticos, los principales impulsores del cambio en la salud. El siglo actual promete ser el siglo de las vacunas, con la posibilidad de erradicar, eliminar o frenar una serie de enfermedades infecciosas graves, potencialmente mortales o debilitantes, y la vacunación en el centro de las estrategias preventivas. (...)"

136 . Uno de los principales objetivos de la iniciativa Global Immunization : Vision and Strategy de la OMS es inmunizar a “ más personas (...) contra más enfermedades ”.

D.La Carta Social Europea

137 . La Carta Social Europea entró en vigor para la República Checa el 3 de diciembre de 1999 (notificación del Ministerio de Asuntos Exteriores n o 14/2000, Colección de Tratados Internacionales). Elle es una parte integrante del ordenamiento jurídico de la República Checa y la prima de cualquier ley en conflicto (artículo 10 de la Constitución). La disposición pertinente de la Carta en este caso dice lo siguiente :

Artículo 11 - Derecho a la protección de la salud

" Con miras a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a tomar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas y privadas, las medidas apropiadas destinadas en particular a :

(...)

3. prevenir, en la medida de lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y de otro tipo. "

138 . En el caso *Médecins du Monde - International c. Francia* (denuncia colectiva n. ° 67/2011, decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2012), el Comité Europeo de Derechos Sociales explicó en parte lo siguiente :

" 160. El artículo 11 § 3 requiere É Unidos mantener una alta cobertura de inmunización no sólo para reducir la incidencia de estas enfermedades, sino también para neutralizar el reservorio del virus y alcanzar los objetivos fijados por la [OMS]. El Comité destaca que la vacunación masiva está reconocida como el medio más eficaz y rentable de combatir las enfermedades infecciosas y epidémicas (véanse las Conclusiones XV-2, Bélgica, artículo 11 § 3). Esto debe preocupar a la población en general (...)"

139 . Cuando encuentra que la cobertura es muy baja en un E estado miembro del Consejo de Europa, el Comité concluye que la situación no es de conformidad con el artículo 11 § 3 de la Carta (véase, por ejemplo, Conclusiones XV-2, Bélgica , 31 de diciembre de 2001) ; también puede emitir una advertencia al Estado E en cuestión. El comité considera que los objetivos de la OMS son los puntos de referencia.

140 . En sus conclusiones de 2 de enero de 2010 (XIX-2 / def / CZE / 11/3 / FR) sobre su revisión relacionada con la República Checa, el Comité, a la espera de recibir la información solicitada, concluyó que la situación en este Estado, incluyendo en lo que respecta a la vacunación, se ajusta al artículo 11 § 3 de la Carta.

E. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en las Aplicaciones de la Biología y la Medicina : Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo)

141 . El Convenio de Oviedo se abrió a la firma el 4 de abril de 1997 y entró en vigor para la República Checa el 1 er octubre de 2001 (Notificación del Ministerio de Asuntos Exteriores n o 96/2001, Colección de Tratados Internacionales) . Es parte integrante del ordenamiento jurídico de la República Checa y prevalece sobre cualquier ley en caso de conflicto (artículo 10 de la Constitución). En sus partes relevantes en este caso, dice lo siguiente :

Artículo 5 - Regla general

" Una intervención en el campo de la salud solo puede llevarse a cabo después de que la persona interesada haya dado su consentimiento libre e informado.

Esta persona recibe de antemano información adecuada sobre el propósito y la naturaleza de la intervención, así como sus consecuencias y riesgos.

El interesado puede retirar libremente su consentimiento en cualquier momento. "

Artículo 6 - Protección de las personas que no pueden dar su consentimiento

« (...)

2. Lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la Ley.

La opinión del menor se toma en consideración como un factor cada vez más determinante, dependiendo de su edad y grado de madurez.

(...)

Artículo 24 - Indemnización por daños indebidos

" La persona que ha sufrido un daño injustificado como consecuencia de una intervención tiene derecho a una indemnización equitativa en las condiciones y según los métodos previstos por la ley. "

Artículo 26 - Restricciones al ejercicio de derechos

" 1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en la presente Convención no podrá estar sujeto a restricciones distintas de las que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de delitos penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de los demás.

(...)

F. Recomendación 1317 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) sobre vacunaciones en Europa

142. Los pasajes relevantes de esta recomendación, que fue adoptada el 19 de marzo de 1997, dicen lo siguiente :

“ 5. Para el montaje, los esfuerzos para mejorar el nivel de inmunidad no debe referen exclusivamente a la situación de los países en transición. El nivel de inmunidad de las poblaciones de Europa occidental ha disminuido constantemente en los últimos años. El bajo porcentaje de personas debidamente vacunadas, asociado a la aparición de focos infecciosos en la misma zona geográfica, suscita temores de grandes epidemias también en Europa Occidental.

6. Por lo tanto, la Asamblea recomienda al Comité de Ministros que invite a los Estados Miembros E :

6.1. desarrollar o reactivar programas de vacunación masiva para sus poblaciones que constituyan el medio más eficaz y rentable de combatir las enfermedades infecciosas, y asegurar sistemas eficientes de vigilancia epidemiológica ;

(...)

7. La Asamblea invita además al Comité de Ministros a :

7.1. definir una política paneuropea concertada para la inmunización de las poblaciones, en cooperación con todos los socios interesados, como la OMS, UNICEF y la Unión Europea, destinada a desarrollar y respetar criterios comunes para la calidad de las vacunas y garantizar su disponibilidad en cantidad suficiente y a un precio asequible ;

7.2. para participar É Estados miembros a ratificar la Carta Social Europea del Consejo de Europa, en particular el artículo 11 sobre la " protección Derecho a la salud " y para cargar los órganos de control de la convención a prestar la debida atención a respetar este compromiso. "

G. Resolución PACE 1845 (2011) sobre derechos fundamentales y responsabilidades fundamentales

143. Los pasajes relevantes de esta resolución, adoptada el 25 de noviembre de 2011, dicen lo siguiente :

“ 1. Los derechos, deberes y responsabilidades no pueden dissociarse unos de otros. La vida como miembro de la sociedad implica inevitablemente deberes y responsabilidades, además de derechos.

(...)

4. Algunos deberes ya están establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los ordenamientos jurídicos nacionales. Estos deberes revelan la existencia de responsabilidades fundamentales implícitas.

5. Los deberes que impone la ley están sujetos al principio de proporcionalidad. Cuando se impone una carga a un individuo, en nombre del interés general, debe lograrse un equilibrio justo entre los diversos intereses en juego.

6. Asimismo, las responsabilidades nunca deben ser tan onerosas como para comprometer los derechos de la persona responsable de asumirlas, en particular sus derechos fundamentales. Las responsabilidades siempre deben ser razonables.

(...)

8. La Asamblea :

8.1. identifica todas las siguientes responsabilidades fundamentales :

8.1.1. todas las personas tienen la responsabilidad fundamental general ... de respetar los derechos de los demás mientras ejercen sus propios derechos ;

8.1.2. además, todas las personas tienen responsabilidades fundamentales particulares de respetar y proteger la vida humana, (...) mostrar solidaridad, actuar responsablemente con los niños (...);

8.2. destaca que estas responsabilidades fundamentales nunca pueden interpretarse como un obstáculo, una restricción o una derogación de los derechos y libertades establecidos en la [Convención], la Carta Social Europea revisada (...) y otros instrumentos internacionales y regionales en el ámbito de los derechos humanos ;

8.3 llamadas É Estados miembros del Consejo de Europa a tener en cuenta de manera proporcional estas responsabilidades fundamentales y generales, en particular en sus relaciones con los particulares. "

H.Derecho de la Unión Europea

144 . El título XIV de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) se refiere a la salud pública. En sus partes relevantes dice lo siguiente :

Artículo 168

“ 1. Se garantiza un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión.

La acción de la Unión, que complementa las políticas nacionales, está relacionada con la mejora de la salud pública y la prevención de enfermedades y dolencias humanas y las causas de peligro para la salud física (...) Esta acción también incluye la lucha contra las grandes plagas, (...) su transmisión y la prevención, así como la información y educación en salud, así como el seguimiento de las amenazas transfronterizas graves para la salud, alertando en caso de dichas amenazas y la lucha contra ellas.

(...)

2. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el presente artículo (...) Fomentará, en particular, la cooperación entre los Estados miembros con el fin de mejorar la complementariedad de sus servicios sanitarios en las regiones fronterizas.

(...)

3. La Unión y los Estados miembros promoverán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la salud pública.

(...)

5. El Parlamento Europeo y el Consejo (...) también podrán adoptar medidas de incentivo destinadas a (...) combatir grandes flagelos transfronterizos, medidas relativas a (...) combatir [las amenazas transfronterizas graves para la salud] (...)"

145 . El artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que trata de la protección de la salud y figura en el Capítulo IV titulado “ Solidaridad ”, establece :

“ Toda persona tiene derecho a acceder a la atención médica preventiva ya beneficiarse de la atención médica en las condiciones establecidas por las leyes y prácticas nacionales. Se garantiza un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión. ”

146 . En respuesta a una solicitud de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo de Eslovaquia y que surgió a raíz de un procedimiento relativo a la obligación de los padres de vacunar a sus hijos menores contra determinadas enfermedades, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó resolución de 17 de julio de 2014 en el caso *Milica Široká vs. Úrad verejného zdravotníctva Slovenskej republiky* (asunto C - 459/13, EU: C: 2014: 2120, apartado 25), en el que resolvió lo siguiente :

“ (...) la resolución de remisión no contiene ningún elemento concreto que sugiera que el objeto del litigio principal, relativo a la vacunación de menores contra determinadas enfermedades, se refiera a la interpretación o aplicación de una norma de Derecho de la Unión distinta de los que figuran en la Carta, con la consecuencia de que el litigio principal no se deriva de una situación en la que se aplique el Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta. ”

147 . En 2005, se creó el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades. La misión de este organismo es detectar, analizar y comunicar las amenazas actuales y emergentes que representan las enfermedades infecciosas para la salud humana.

148 . El 1 st de diciembre de 2014, el Consejo de la Unión Europea aprobó las " Conclusiones del Consejo sobre la inmunización, una poderosa herramienta de salud pública ", que caen en parte lo siguiente :

“ (...) [L] as enfermedades transmisibles, incluidas algunas enfermedades reemergentes, como la tuberculosis, el sarampión, la tos ferina y la rubéola, continúan representando una amenaza para la salud pública y pueden causar un gran número de enfermedades. Infecciones y muertes , y (...) la aparición y las recientes epidemias de enfermedades transmisibles, como la poliomielitis, la influenza aviar H5N1 y H7N9 (...) y la enfermedad por el virus del Ébola , han confirmado que también se mantienen muy atentos a las enfermedades de las que el territorio de la Unión es actualmente gratuito.

(...)

[L] os programas de vacunación son responsabilidad de cada Estado miembro y (...) existen diferentes programas de vacunación dentro de la UE (...)

(...)

[L] a muchas vacunas administradas como parte de las campañas generales de vacunación han impedido que las personas de contraer enfermedades y, al mismo tiempo, interrumpe la circulación de agentes patógenos a través del fenómeno de la "humana grupo inmunidad. (" Manada inmunidad "), que tiene ayudó a mejorar la salud general de la población. Por tanto, la inmunidad de grupo podría considerarse un objetivo de los planes nacionales de inmunización. "

149 . La Resolución del Parlamento Europeo de 19 de abril 2018 la reticencia a la vacunación y la disminución de las tasas de vacunación en Europa invita a los Estados miembros para garantizar que los profesionales de la salud están vacunados adecuadamente, tomar medidas eficaces contra la información engañosa y poner en práctica medidas para mejorar el acceso a los medicamentos . También invita a la Comisión a facilitar la armonización de los calendarios de vacunación dentro de la Unión Europea.

150 . El 7 de diciembre de 2018, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Recomendación sobre el fortalecimiento de la cooperación contra las enfermedades prevenibles por vacunación. Se reconoce que la vacunación es una de las medidas de salud pública más eficiente y rentable que se implementaron en el XX ° siglo y sigue siendo la principal herramienta para la prevención primaria de las enfermedades transmisibles. Además, se recomienda incluir a los Estados miembros E :

" 1. Desarrollar y ejecutar planes de inmunización a nivel nacional y / o regional, según proceda, destinados a aumentar la cobertura de inmunización a fin de alcanzar las metas y objetivos del plan de acción europeo para las vacunas de la OMS para 2020. Estos planes podrían incluir, por ejemplo, disposiciones para la financiación y el suministro sostenibles de vacunas, un enfoque de ciclo de vida de la inmunización, la capacidad de respuesta a emergencias y las actividades de comunicación y promoción ;

2. aspirar a lograr, para 2020, en particular para el sarampión, una tasa de cobertura de vacunación del 95%, con dos dosis de la vacuna para la población infantil destinataria, y trabajar para cerrar las brechas de inmunización en todos los demás grupos de edad con un con miras a erradicar el sarampión en la Unión Europea ;

3. Establecer el estado de vacunación de los controles de rutina y las oportunidades de vacunación periódicas en las diferentes etapas de la vida, a través de visitas de rutina en el sistema de atención primaria de salud y otras medidas tomadas, por ejemplo, al ingresar a la escuela (guardería), en el lugar de trabajo o en estructuras de atención de la salud, en función de las capacidades nacionales (...)"

151 . El informe de la Comisión Europea de 2018 sobre el estado de la confianza en las vacunas en la UE (" *Estado de la confianza en las vacunas en la UE 2018* ") contiene las siguientes observaciones [*traducción del Registro*] :

"Una gran confianza en los programas de inmunización es esencial para mantener altas tasas de cobertura de inmunización, especialmente en niveles superiores a los requeridos para garantizar la inmunidad de grupo. Sin embargo, en la Unión Europea (UE), los retrasos y los rechazos de la vacunación están contribuyendo a una disminución de las tasas de vacunación en varios países y provocando un aumento de los brotes epidémicos. Los recientes brotes de sarampión, los más fuertes en la UE en siete años , atestiguan el efecto inmediato de la disminución de la cobertura de vacunación sobre la aparición de la enfermedad. "

IV. OPINIONES ESPECIALIZADAS INVOCADAS POR EL GOBIERNO

152 . El 6 de noviembre de 2015, la Sociedad Checa de Vacunación (*Česká vakcinologická společnost*), principal órgano asesor de la República Checa en materia de política pública de vacunación, y la Sociedad Checa de Pediatría (*Česká pediatrická společnost*) emitieron una declaración conjunta a los efectos del presente procedimiento ante la Corte. Además de la Asociación de Médicos de Familia para Niños y Jóvenes (*Sdružení praktických lékařů pro děti a dorost*) y el Colegio de Médicos de la República Checa (*Česká lékařská komora*), las dos empresas están firmemente a favor de mantener el sistema de vacunación obligatoria tal como existe en el país. En su opinión, observan en particular que la vacunación es indudablemente una de las medidas preventivas de salud pública más efectivas y que, desde la introducción de la obligación de vacunación, la frecuencia y el número de muertes causadas por enfermedades prevenibles por vacunación se han reducido drásticamente. Explican que esta medida tiene como principal objetivo proteger a los niños con enfermedades crónicas graves, para quienes la vacunación es ineficaz o contraindicada, y que permite obtener coberturas generales de vacunación significativas y prevenir muertes y pérdidas económicas.

Las dos empresas añaden que no respetar el calendario de vacunación es peligroso no solo para la persona no vacunada, ya que aumenta el riesgo de daños a la salud e incluso en casos extremos de muerte por una enfermedad infecciosa prevenible, sino también para toda la población. , cuando aumenta el porcentaje de niños no debidamente vacunados. Aseguran que, incluso en el caso de una leve disminución en la cobertura de vacunación y un aumento en la proporción de personas no vacunadas, podamos presenciar el resurgimiento de brotes epidémicos, incluso para enfermedades que ya no son comunes en la actualidad.

153 . El Director de los Servicios de Salud de la República Checa (*Hlavní hygienik České republiky*) también ha emitido una opinión en el contexto del presente procedimiento ante el Tribunal. Menciona la noción de "inmunidad de grupo", fenómeno inmune particular que se da cuando una gran parte de la población ha sido vacunada contra una determinada enfermedad, ofreciendo así alguna protección indirecta a las personas que no han sido vacunadas. O en quienes la inmunidad inducida por la vacunación no se ha desarrollado. Explica que en caso de una caída considerable de esta cobertura, por ejemplo por debajo de 95 % para el sarampión, no se alcanzaría el umbral de inmunidad grupal, podría aumentar la transmisión de infecciones dentro de la población y aumentar el número de nuevos casos.

154 . En 2010, se creó la Comisión Nacional de Inmunización (*Národní imunizační komise* - - "CNV") como órgano asesor del Ministerio y se le encomendaron misiones principales para identificar las enfermedades infecciosas en las que la vacunación podría influir en la tasa de incidencia, para definir la mejor estrategia para la política de vacunación de la República Checa, para establecer las prioridades de la E estado de inmunización y examinar propuestas de cambios en la estrategia de vacunación. La CNV está formada por representantes del ministerio y de varias sociedades científicas con las competencias necesarias. Puede buscar la cooperación de expertos externos. Las actas de sus reuniones se publican en el sitio web del ministerio.

155 . En un número especial de la carta de información publicada en 2015, la Agencia Nacional de Control de Medicamentos (párrafo 78 arriba - arriba) abordó el tema de los efectos secundarios de las vacunas que habían sido reportados en 2014. Indicó que la gran mayoría de estos efectos De hecho, eran reacciones previsibles ya descritas en el resumen de las características del producto afectado.

156 . En junio de 2015, el ministerio creó una Comisión de Trabajo para la Inmunización (*Pracovní komise pro problematiku očkování*). Destinado a constituir un amplio foro de debate entre expertos y público sobre la estrategia de vacunación de la República Checa, este comité cuenta entre sus miembros con la Liga Checa por los Derechos Humanos y ROZALIO, tercero interviniente ante la Corte en este proceso.

157 . En 2012, el New integrado iniciativa europea de colaboración en el campo de la vacunación (*Venecia - Vacuna Europea Nueva Integrado de Colaboración Esfuerzo*), una red de expertos nacionales de todo É Estados miembros de la Unión Europea, Islandia y Noruega que trabajan en el campo de la vacunación , publicó un estudio sobre la vacunación obligatoria o recomendada en la UE, Islandia y Noruega ("*Vacunación obligatoria y recomendada en la UE, Islandia y Noruega : resultados de la encuesta VENECIA 2010 sobre las formas de implementar programas nacionales de vacunación*"). En particular, este estudio ofrece una visión general de la situación con respecto a la vacunación obligatoria en los países afectados. Otro panorama de esta situación fue realizado por el Instituto Parlamentario Checo en un informe de junio de 2014. Según estas fuentes, quince países no imponen la vacunación obligatoria mientras que catorce países exigen una o más vacunaciones. ; en ocho países pertenecientes a este segundo grupo, la vacunación es obligatoria contra el mismo número de enfermedades que en la República Checa o más. Si bien en algunos estados la vacunación de los niños no es generalmente obligatoria, puede imponerse en casos específicos, ya sea colectivamente en respuesta a una emergencia o en otras circunstancias. Con respecto a la legislación relativa a la responsabilidad objetiva por los daños a la salud causados por la vacunación, un estudio de la OMS publicó en 2011 mostró que sólo diecinueve países en el mundo tienen dispositivos especiales. Compensación, trece de los cuales son É Estados miembros del Consejo de Europa.

SITIO

I.OBSERVACIÓN PRELIMINAR

158 . El Tribunal subraya de entrada que el presente caso se refiere a la vacunación habitual y rutinaria de niños contra enfermedades bien conocidas en medicina. Como se indicó anteriormente, estas seis denuncias fueron presentadas entre 2013 y 2015 y se relacionan con la política del Estado demandado que establece la obligatoriedad de todas las vacunas en cuestión.

II.SOBRE LA UNIÓN DE LAS SOLICITUDES

159 . Dada la similitud de las solicitudes en cuanto a su objeto, el Tribunal considera apropiado examinarlas juntas en una sola sentencia (artículo 42 § 1 del Reglamento del Tribunal).

III.SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN

160 . Los demandantes consideraron que era arbitrario imponer una multa al Sr. Vavříčka y denegar la admisión de los niños solicitantes en la guardería alegando que sus padres no habían cumplido la obligación legal de vacunarlos de acuerdo con el calendario de vacunación establecido. Se basan en el artículo 8 de la Convención, cuya parte pertinente dice lo siguiente :

“ 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada (...)

2. Puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho sólo en la medida en que dicha injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, es necesaria para la seguridad. Nacional, la seguridad pública, el bienestar económico -ser del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. ”

A. Sobre la admisibilidad

1. *Solicitud del Sr. Vavříčka*

161 . El Gobierno consideró que el monto de la multa impuesta al demandante era bastante insignificante (el equivalente a 110 euros en el momento de los hechos) y que, por lo tanto, no había sufrido daños significativos en el sentido del artículo 35 § 3 (b) del Convenio. . Además, en su opinión, también se cumplen las demás condiciones exigidas para la aplicación de esta disposición, lo que a su juicio hace que la denuncia sea inadmisibile en su conjunto.

162 . El demandante alega que en el momento de los hechos estaba desempleado, no tenía ingresos y se encontraba en medio de un proceso de divorcio, y que el monto de la multa representaba más de la mitad del salario mínimo mensual legal. Au-delà du poids financier que l'amende aurait fait peser sur lui, le requérant aurait été angoissé par l'incertitude relative à d'autres mesures que les autorités allaient prendre du fait qu'il n'avait pas respecté le calendrier vaccinal pour sus hijos.

163 . El Tribunal examinará aquí la objeción del Gobierno en la medida en que se refiera a la denuncia del demandante basada en el artículo 8. Considera que esta objeción no puede sostenerse. Si la demanda del Sr. Vavříčka , junto con las demás solicitudes, está siendo examinada ahora por la Gran Sala del Tribunal, es porque se consideró que planteaba serias cuestiones relativas a la interpretación del Convenio o sus protocolos y que, como resultado, ha sido objeto de renuncia de conformidad con el artículo 30 de la Convención, sin que ninguna de las dos partes se haya acogido a la posibilidad de oponerse al mismo. Además, la solicitud del Sr. Vavříčka presenta un aspecto singular, solo él ha sido multado por incumplimiento de la obligación de vacunación. Por lo tanto, el Tribunal considera que no se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 35 § 3 (b), ya que en cualquier caso el respeto de los derechos humanos garantizados por la Convención y sus protocolos requiere un examen de los méritos de esta parte de la solicitud del Sr. Vavříčka .

164 . Por tanto, debe desestimarse la objeción formulada por el Gobierno con arreglo al artículo 35, apartado 3, letra b), del Convenio, en la medida en que se refiere a la reclamación del Sr. Vavříčka en virtud del artículo 8.

2. *Las solicitudes de MM. Brožík y Dubský*

165 . Respecto a las solicitudes de MM. Brožík y Dubský tomados en su conjunto, el Gobierno planteó una excepción de no agotamiento de los recursos internos e indicó que el caso se resolvió sobre el fondo mediante la sentencia del Tribunal Regional de Hradec Králové de 10 de mayo de 2016 (párrafo 55 infra) y que los demandantes podían y debían haber llevado adelante su caso interponiendo un recurso de apelación sobre cuestiones de derecho y un recurso constitucional.

166 . Los demandantes replican que sus denuncias se refieren a la solicitud de medida cautelar que presentaron al tribunal regional el 18 de julio de 2014, así como al resultado de este proceso. Precisan al respecto que fue el Tribunal Constitucional quien, el 23 de octubre de 2014, dictó la sentencia interna definitiva (ver párrafo 54 supra). Señalan que esta decisión no fue apelada y, por lo tanto, consideran que la obligación de agotar los recursos internos indiscutiblemente se ha cumplido.

167 . El Tribunal comenzará examinando la objeción planteada por el Gobierno en lo que se refiere a las quejas de los demandantes basadas en el artículo 8. Para poner en perspectiva la objeción del Gobierno y la respuesta de los demandantes, observa que, en sus formularios de demanda, el Los solicitantes invocaron el artículo 6 § 1 de la Convención y presentaron sus denuncias sobre el rechazo de su solicitud de medida cautelar durante el procedimiento de fondo. Siempre que dicho procedimiento duraría más allá de su edad preescolar y que su resultado ya no podría subsanar el hecho de que se les había impedido asistir a una guardería, argumentaron los demandantes. que al no otorgarles la medida cautelar, los tribunales internos les habían denegado un recurso efectivo, en el sentido del artículo 13, en relación con lo que consideraban una violación de sus derechos en virtud de los artículos 8 y 14 del y del artículo 2 del Protocolo n o 1.

168 . El Tribunal ya ha calificado estas denuncias como incluidas en particular en el artículo 8 del Convenio. Sobre esta base se comunicaron las dos quejas y las partes no han planteado objeciones al respecto.

169 . La Corte reitera que es dueña de la calificación jurídica de los hechos del caso y que no está vinculada por la que les atribuyen los demandantes o los gobiernos (ver, por ejemplo, *Molla Sal i v. Grecia* [GC] n o [20452/14](#) , § 85, 19 de diciembre de 2018, y *Radomilja y otros contra Croacia* [GC], sin huesos [37685/10](#) y [22768/12](#) , §§ 123-126 20 de marzo de 2018). Dada su interpretación del propósito de todas las quejas que los solicitantes basaron en el Artículo 8 - que se discutirá con más detalle a continuación - a continuación -, la Corte considera que la excepción de no agotamiento de los recursos internos formulada por el Gobierno respecto de las demandas de MM. Brožik y Dubský plantean cuestiones estrechamente relacionadas con el fondo de la denuncia de las demandantes contra la disposición controvertida .

170 . En consecuencia, en lo que se refiere a este aspecto de las dos quejas, la objeción del Gobierno debe unirse al examen del fondo de la queja formulado en virtud del artículo 8.

3. *Conclusión sobre todas las solicitudes*

171 . Observando que las denuncias planteadas por los demandantes en virtud del artículo 8 no son manifiestamente infundadas en el sentido del artículo 35 § 3 (a) de la Convención y que, además, no encuentran ningún otro motivo de inadmisibilidad, el Tribunal las declara admisible.

B. En el fondo

1. *Los argumentos de las partes*

a) Los solicitantes

172 . El Sr. Vavřička consideró que era arbitrario imponerle una multa por no vacunar a sus hijos de acuerdo con el calendario de vacunación vigente. Los niños demandantes consideran que fue arbitrario denegar su admisión a la guardería por incumplimiento de la misma obligación por parte de sus respectivos padres.

173 . En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8, los demandantes invocan su derecho a la autonomía personal en lo que respecta a las decisiones relativas a su salud y, en lo que respecta al Sr. Vavřička , a la salud de sus hijos. Los niños solicitantes también confían en su derecho al desarrollo personal mediante la asistencia al jardín de infancia. Además, los demandantes plantearon el derecho de los padres a cuidar a sus hijos de acuerdo con sus opiniones, sus convicciones y su conciencia, y en el respeto del interés superior de los niños. En este sentido, consideran que corresponde principalmente a los padres evaluar y proteger el interés superior del niño, y que la intervención estatal solo se permite como último recurso, en los casos más extremos.

174 . También señalan que las modalidades precisas de la obligación de vacunación sólo se establecen en un texto reglamentario (el decreto ministerial) y que, en consecuencia, esta obligación no puede considerarse " prevista por la ley " en el sentido del 1 artículo 8 de la Convención. .

175 . Además, consideran que el establecimiento del calendario de inmunizaciones es un proceso poco transparente, que no da lugar a un análisis adecuado ni a un debate público y que adolece de la situación de conflicto de intereses en la que se encuentran. algunos miembros de los organismos oficiales interesados. Basándose en particular en la carta del 7 de febrero de 2020 en la que el ministerio respondió a su solicitud de información, los solicitantes alegan que las autoridades no les han proporcionado información suficiente para demostrar que las vacunas obligatorias actualmente son de hecho necesarias y justificadas. Agregan que en la definición de la política de vacunación el ministerio ejerció un poder discrecional ilimitado.

176 . Los solicitantes también afirman que un plan de vacunación obligatoria alienta a las personas a proporcionar información falsa sobre su estado de vacunación. Consideran que este problema no se presenta

en los sistemas basados en la vacunación voluntaria, lo que por ello produciría datos estadísticos más confiables sobre las coberturas de vacunación. Creen que estos datos podrían usarse para dar forma a un sistema más receptivo y eficiente.

177 . El Gobierno basa en la autoridad de la OMS o especializada sociedades científicas checas en vacunología (párrafos 152 y siguientes - arriba), de los demandantes, estas entidades son en gran parte patrocinados por compañías farmacéuticas. En particular, no están de acuerdo en cuestiones como la eficacia de la vacunación para reducir la mortalidad, la susceptibilidad de los lactantes a las infecciones, los efectos negativos de la no vacunación y la eficacia de algunas de las vacunas necesarias. Además, abordan diversos aspectos del funcionamiento y desarrollo del sistema de inmunización, por ejemplo, la interpretación que se hace en la República Checa del criterio contra - indicación permanente de vacunación. Además, consideran que, en la medida en que los posibles efectos secundarios entren en la valoración de la necesidad y justificación de las vacunas obligatorias, es necesario tener en cuenta no solo los efectos inmediatos sino también los que a largo plazo provocan un debilitamiento. .inmunidad general del paciente vacunado frente a diversas enfermedades.

178 . A los ojos de los niños demandantes, no estaba justificado negarles el acceso a la guardería como sanción por no estar vacunados. La no admisión a la guardería habría obligado a las familias a cuidar de los niños solicitantes por sus propios medios, lo que habría tenido repercusiones tanto económicas como sociales en los hogares afectados. El hecho de haber sido privado de la educación preescolar habría penalizado considerablemente a los niños solicitantes en el resto de su escolaridad ; esto se aplicaría particularmente a la Sra. Novotná , quien según ella deseaba continuar su educación en un entorno educativo particular.

179 . Las demandantes alegan que la exención de la obligación de vacunación derivada de la jurisprudencia *Vavříčka* (véanse los apartados 28 y 93 supra) casi nunca se concedió en lo que respecta a la admisión en una escuela de párvulos. El Sr. Vavříčka afirma además que, en su caso, el Tribunal Constitucional definió esta excepción de forma retroactiva. Al respecto, dice que en el momento bajo revisión la ley carecía de calidad y que no pudo haber hecho un buen uso de ella.

180 . En cuanto a la coherencia de su posición sobre la inmunización, el Sr. Vavříčka , que había inmunizado a sus hijos contra todas las enfermedades excepto la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos, dijo a través de su abogado que tenía derecho a cambiar de creencias con el tiempo. Agregó que, como reconoció la Corte Constitucional, lo importante era saber si la condena se mantuvo constante durante todo el proceso en cuestión, y que así había sido en su caso.

181 . Además, las demandantes señalan que una posible revisión judicial solo puede ser puramente formal y desprovista de un examen sustantivo real sobre la racionalidad y proporcionalidad de la obligación de vacunación.

182 . Además, en el momento de los hechos, la ley no habría previsto ningún medio para obtener una indemnización por los daños a la salud causados por una vacuna en ausencia de culpa. Con arreglo al sistema de indemnización que se puso en marcha posteriormente, la obtención de indemnización sólo sería posible en caso de "daños especialmente graves a la salud", lo que constituiría un umbral prohibitivo (párrafo 84 supra).

183 . Si bien para los niños que solicitaran la vacunación hubiera sido un requisito previo para la admisión a la escuela infantil, el personal de este tipo de establecimientos no estaría sujeto a tal condición para ser contratados. Se dice que algunas de las vacunas previstas por la ley son para enfermedades no transmisibles, al menos en el jardín de infancia.

184 . En opinión de las demandantes, el objetivo de proteger la salud de otros niños podría lograrse con medios menos intrusivos, como excluir a los niños no vacunados de las instituciones educativas solo en caso de amenaza o brote relacionado con una de las enfermedades en cuestión. .

185 . Las demandantes reconocen que la vacunación implica cuestiones de interés general, solidaridad social y reparto de responsabilidades. En su opinión, el problema es la proporcionalidad. Un modelo de vacunación voluntaria se basaría en una motivación positiva y, por tanto, ofrecería una mayor eficacia global y una mayor proporcionalidad que el modelo obligatorio existente en la República Checa, basado en la coacción, inaceptable para los solicitantes.

186 . En consecuencia, los demandantes consideraron que la injerencia en el ejercicio de sus derechos en virtud del artículo 8 no era necesaria en una sociedad democrática.

b) El Gobierno

187 . El Gobierno sostuvo que era importante especificar quién era el solicitante - un niño o un padre - en cada caso para poder determinar si y en qué medida las cuestiones en disputa caían dentro de la jurisdicción *ratione personae* de la Corte.

188 . Considera que la cuestión del interés superior del niño, que cree que está en juego en casos como las presentes denuncias, encuentra expresión en el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, en el sentido del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Considera que, en un caso determinado, este interés superior debe evaluarse teniendo en cuenta cualquier posible objeción de los padres, para ser examinado en el contexto de un procedimiento adecuado que finalmente ofrezca una revisión judicial.

189 . El Gobierno argumentó que, por tanto, no es posible presumir *a priori* que los intereses de los padres son idénticos a los de los hijos y que existe, al menos potencialmente, una divergencia de intereses entre padres e hijos.

190 . Respondiendo al argumento presentado por el Sr. Roleček , quien afirmó que su no admisión al jardín de infancia había obligado a su madre a quedarse en casa con él y que su vida familiar se había visto perturbada como resultado, el Gobierno observó que al verse obligado a disfrutar la compañía de otros miembros del hogar no puede constituir una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar.

191 . Además, el Gobierno considera que los parámetros de las presentes solicitudes se limitan a los hechos que afectan directamente a los solicitantes y que excluyen otros aspectos del sistema de vacunación checo que ha evolucionado con el tiempo.

192 . Sin embargo, no discute que los hechos que dan lugar a las seis denuncias entran en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada y, en lo que respecta al señor Vavříčka , acepta que la multa controvertida constituyó una injerencia en el ejercicio de este derecho .

193 . En lo que respecta a los menores demandantes, el Gobierno consideró que, independientemente de las pequeñas diferencias en la forma en que se formularon ante el Tribunal sus denuncias en virtud del artículo 8, de hecho se encontraban en la misma situación, habida cuenta de las consecuencias prácticas sufridas por ellos. es decir, no admisión a la escuela de párvulos. El Gobierno considera que en sí misma la existencia del marco legal aplicable no constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos de los interesados en el artículo 8. Al respecto, procura establecer una distinción entre los casos de peticiones de niños y otros casos. como, por ejemplo, *Dudgeon v. Reino Unido* (22 de octubre de 1981, § 41, Serie A no 45), *Norris v. Irlanda* (26 de octubre de 1988 § 38, Serie A n o 142) y *Modinos c. Chipre* (22 de abril de 1993, § 29, Serie A n o 259), argumentando que las restricciones impuestas por la ley a los niños solicitantes no eran absolutas sino que estaban sujetas a derogación y se aplicaban solo por un tiempo limitado (hasta la edad escolar obligatoria - ver párrafo 82 anterior).

194 . El Gobierno añadió que la no admisión de los niños en la guardería solicitante ha dado como resultado del fracaso de sus padres a una obligación legal, un fracaso no haber justificado por consideraciones subjetivas. Se pregunta si redundaría en beneficio de los solicitantes que sus padres impidan que asistan al jardín de infancia y pasen tiempo con niños de la misma edad. Afirma que, a diferencia de las demandantes en el caso *Boffa y otros c. Saint - Marin* (n. ° [26536/95](#) , decisión de la Comisión de 15 de enero de 1998, Decisiones e informes (DR) 92-A, p. 27), los presentes demandantes eran niños y que en el centro de su caso estaba su negativa a ingresar a un preescolar, y no la imposición de una multa u otra forma de sanción. Además, según el Gobierno, la asistencia a un jardín de infancia es una actividad de carácter público que, por tanto, no entra en el ámbito del artículo 8 de la Convención. El Gobierno consideró además que existían otros medios para desarrollar su propia personalidad y que la incapacidad de los niños solicitantes de asistir a la guardería no constituía una injerencia fundamental en el ejercicio por ellos de su derecho al desarrollo y la educación. En consecuencia, para el Gobierno, no ha habido injerencia en el ejercicio de los derechos de los niños solicitantes en virtud del artículo 8.

195 . En el caso de que la Corte, no obstante, concluya que hubo una injerencia, el Gobierno sostuvo que fue debidamente " prescrita por la ley ". Explica que el marco legal interno está conformado por las normas relativas a la obligación de vacunación, combinadas con las normas sobre responsabilidad en caso de comisión del delito menor de incumplimiento de dicha obligación, así como por las normas de admisión. establecimientos que acogen a niños. A los ojos del Gobierno, estas normas tienen la calidad de " ley " »En el sentido que la jurisprudencia de la Corte da a este concepto y, en la medida en que se deriven de textos normativos, están

sujetos a revisión judicial. Además, la constitucionalidad del dispositivo legislativo en cuestión ha sido examinada y confirmada repetidamente tanto por el TAS como por el Tribunal Constitucional.

196 . El Gobierno añadió que no existía una verdadera controversia sobre la legitimidad del objetivo perseguido por la injerencia controvertida, a saber, según ellos, servir al interés general de la sociedad en proteger la salud pública y los derechos y libertades de los demás. Más concretamente, la vacunación protegería a las personas vacunadas pero también a las demás, en particular a las personas vulnerables que no pueden vacunarse por sí mismas o para las que la inmunización ha resultado ineficaz. Para el Gobierno, si bien la vacunación es voluntaria en algunos países y obligatoria en otros, el objetivo subyacente es el mismo en ambos casos y, para lograrlo, la vacunación es la forma más segura y la que presenta la relación de costos - eficiencia más favorable.

197 . En cuanto a la necesidad de una injerencia *in abstracto* , el Gobierno se refirió a las obligaciones positivas que le incumben, en virtud del Convenio, de tomar medidas en el campo de la protección de la vida ; también se refiere a sus obligaciones similares derivadas de otros instrumentos jurídicos internacionales. Más específicamente, indica que los Estados tienen la obligación positiva de implementar una política de salud pública eficaz. posibilitando la lucha contra las enfermedades graves y contagiosas y la protección de la vida y la integridad física de las personas bajo su jurisdicción. En este sentido, cabe señalar que las enfermedades por las que es obligatoria la vacunación son todas graves y, en su mayor parte, muy contagiosas. El riesgo de propagación de estas enfermedades se vería amplificado por el alto nivel actual de migración. Según se informa, estas enfermedades están ahora bajo un control efectivo y, como resultado, la atención del público y los medios de comunicación se ha desplazado de la prevención de enfermedades a la seguridad de las vacunas. Esta situación podría distorsionar la percepción de la realidad y generar desinformación sobre las vacunas y, por ende, conducir a una caída en las tasas de vacunación y una posible reaparición de enfermedades prevenibles por vacunación que habían sido controladas. Renuencia vacunarse sería reconocido como un grave problema mundial. La introducción de la vacunación obligatoria sería una respuesta normal, ya que se demostraría que conduce a una mejora en la cobertura de vacunación. Otros estados europeos aparentemente han optado por esta estrategia.

198 . El Gobierno indica que en la República Checa las vacunas son proporcionadas gratuitamente por el Estado. Agregó que la obligación de vacunación se dirige principalmente a los niños, considerados las personas más vulnerables. En un entorno preescolar, dice que los niños están inevitablemente expuestos a un mayor riesgo de contaminación. La implementación de la vacunación en niños pequeños promovería, por tanto, el logro de los objetivos generales de la política de vacunación. A este respecto, el Gobierno reconoce que todas las vacunas obligatorias en la República Checa no están destinadas a obtener inmunidad de grupo y declara que el umbral de esta inmunidad varía según la enfermedad de que se trate.

199 . El Gobierno agregó que la obligación de vacunación no es directamente exigible, que cualquier sanción por incumplimiento de esta obligación es simplemente de carácter administrativo y que la multa solo puede imponerse como último recurso y una sola vez.

200 . Indica que el alcance de la obligación de vacunación lo define el ministerio, por recomendación de su comité asesor integrado por epidemiólogos y, desde 2010, de la CNV (ver párrafo 154 anterior). Al inicio de cada reunión del CNV, cada uno de sus miembros estaría obligado a declarar cualquier conflicto de interés que pudiera afectarles en relación con un punto del orden del día, de acuerdo con los requisitos del *Código de Divulgación* de la Federación Europea de Industrias Farmacéuticas. y Asociaciones y las de la OMS. En cuanto a la composición del CNV, el hecho de que esté limitado a funcionarios y expertos estaría de acuerdo con la práctica actual en los estados europeos.

201 . El Gobierno rechazó las críticas de los demandantes de que el sistema de vacunación checo no se basaba en un análisis científico adecuado. En particular, indica que se han realizado estudios serológicos a disposición del público desde 1960. Sostiene que el alcance y los parámetros del sistema en cuestión son monitoreados constantemente y que existe un mecanismo integral para monitorear los efectos de los productos farmacéuticos no deseados , incluidas las vacunas.

202 . El Gobierno declara que sólo se puede administrar una vacuna después de verificar que el paciente es apto para recibirla y que tanto la legislación como la jurisprudencia prevén exenciones. Indica que estos fueron definidos por el Tribunal Constitucional en el caso *Vavříčka* (véase el párrafo 28 anterior) y que no requieren acción legislativa. Admite que no se pueden presentar ejemplos concretos de aplicación en relación

con la admisión a un jardín de infancia, de objeción de conciencia derivada de la jurisprudencia, pero sostiene que la derogación es aplicable en este contexto, especialmente si la vacunación ha producido efectos adversos para la salud. en la familia del niño en cuestión.

203 . Agrega que la legislación deja cierta libertad a los padres, permitiéndoles elegir las vacunas a utilizar y las fechas de vacunación dentro de un período predefinido. También considera que la experiencia ha demostrado que la política de vacunación en vigor es de hecho un éxito y que todas las sociedades científicas checas competentes están claramente a favor de su mantenimiento (véanse los apartados 152 y siguientes). Declara que cualquier multa o no admisión a la escuela infantil vinculada a un incumplimiento de la obligación de vacunación debe basarse en una decisión motivada y sujeto a revisión judicial ejercida en varios niveles de jurisdicción. A juicio del Gobierno, es evidente la falta de consenso en el tema de la vacunación obligatoria a nivel europeo, por lo que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en esta materia. Otra razón para dejarles mucha libertad es que el tema requiere el análisis de datos científicos y especializados por parte de las autoridades nacionales.

204 . Concernant les six requêtes *in concreto* , le Gouvernement soutient que dans les faits il n'y a pas eu de vaccination contre la volonté des parents et qu'il n'y a donc pas eu d'atteinte à l'intégrité physique de qui que esto fue. Según el Gobierno, ninguno de los demandantes había establecido a nivel nacional la existencia de alguno de los criterios que hubieran justificado una exención de la vacunación obligatoria por motivos de religión, conciencia u otros. Por el contrario, las demandantes se contentaron con adoptar una actitud generalmente desdeñosa hacia la vacunación. En concreto, en los procedimientos de M me Novotna , Sr. Hornych y Sr. Roleček , el TAS señaló específicamente que de ninguna manera habían invocado los derechos y libertades fundamentales ni alegado circunstancias excepcionales.

205 . Le Gouvernement admet qu'aucune condition spécifique de vaccination ne s'applique à l'embauche du personnel des écoles maternelles, mais il indique que ces employés sont soumis à l'obligation générale de vaccination qui est applicable à toute personne résidant sur le territoire de République tchèque. Concluye que es muy poco probable que los miembros de este personal no hayan recibido la primera serie de vacunas o las vacunas de refuerzo correspondientes, de acuerdo con esta obligación.

206 . En cuanto a la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños a la salud causados por la vacunación administrada de acuerdo con las normas y estándares aplicables, el Gobierno confirma que, para los daños de este tipo ocurridos después del 31 de diciembre de 2013, la legislación no preveía el otorgamiento de indemnizaciones. Añade, sin embargo, que los daños causados antes de esa fecha estaban cubiertos por un régimen legislativo anterior, que preveía una indemnización. Precisa que una nueva ley aprobada en 2020 restableció este tipo de indemnizaciones (párrafo 84 encima). Explica que este cambio en la legislación se debe a que, en el régimen inicial, era el profesional de la salud quien administraba la vacuna quien podía estar sujeto a responsabilidad objetiva en caso de daño a la salud del paciente. Sin embargo, considera que esta responsabilidad se relaciona sobre todo con el interés general y que, por tanto, debe corresponder al Estado.

207 . Indica que el costo del tratamiento que se administrará para los posibles efectos secundarios dañinos de la vacunación está cubierto por el seguro médico público. Sin embargo, agregó que los efectos secundarios graves - es decir, que implica consecuencias de por vida - son raros y no se cuentan más de seis de estos casos al año por cada 100 000 nuevo - nacidos vacunados.

208 . El Gobierno declaró que, aunque la derogación jurisprudencial de la obligación de vacunación basada en el derecho a la libertad de religión o de creencias fue establecida por primera vez por el Tribunal Constitucional en el caso *Vavříčka* , esta derogación no fue el efecto de hacer arbitraria la interpretación y aplicación. por los tribunales nacionales de la legislación vigente. Respecto a la Sra. Novotná , el hecho de que la decisión de denegar la admisión al jardín de infancia se tomó en el contexto de un procedimiento reabierto después de que el solicitante había sido admitido por primera vez y había asistido a la escuela durante dos años Según el Gobierno, debe considerarse a la luz del hecho de que , en su opinión, la admisión inicial se concedió sobre la base de información incorrecta proporcionada por el solicitante. Para el Gobierno, al presentar esta información, el solicitante se arriesgó a que se revisara la decisión de admisión una vez que se hubiera descubierto. Respecto al Sr. Hornych , una anomalía similar habría aparecido en la información proporcionada por sus padres al presentar la solicitud de matrícula en la escuela infantil. Por último, el Gobierno argumentó con respecto a la Sra. Novotná que la asistencia a un tipo particular de guardería no era de hecho un requisito previo para inscribirse en una escuela primaria que utiliza los mismos métodos de enseñanza. Se argumenta

que en cualquier caso la no - admisión de los niños a la guardería solicitante no impidió que ninguno de ellos la formación de relaciones sociales en otros entornos y otros contextos.

209 . Apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concluyó que, como método de inmunización que permite prevenir determinadas enfermedades, la vacunación en general constituye un beneficio social que exige un reparto de responsabilidades entre los miembros de la sociedad y solidaridad social de todos los individuos, cada uno asumiendo un riesgo mínimo para proteger la salud pública.

2. *Observaciones de terceros intervinientes*

a) El gobierno francés

210 . El gobierno francés destaca la importancia, para los Estados, de poder poner en marcha una política de salud pública eficaz, que permita luchar contra las enfermedades graves y / o contagiosas, que la pandemia COVID -19 habría demostrado claramente.

211 . Indica que en Francia la ley del 30 de diciembre de 2017 hizo obligatorias once vacunas para los niños de cero a veinticuatro meses, mientras que anteriormente solo se exigían tres de estas vacunas y las otras ocho simplemente se recomendaban. Observa que, con una excepción, la lista de enfermedades en cuestión es idéntica a la elaborada en la República Checa. Afirma que la legislación francesa prevé una exención de vacunación en caso de contra - indicación médica. Afirma que la ley del 30 de diciembre de 2017 redujo de seis meses de prisión y una multa de 3.750 euros a dos años de prisión y 30 Multa de 000 EUR la pena máxima en que incurrir los padres que no respeten la obligación de vacunación de su hijo. Agrega que la vacunación obligatoria es necesaria para el ingreso a la comunidad, es decir, tanto en las estructuras y servicios de acogida de niños como en el sistema educativo. Precisa que cuando falta una vacunación obligatoria, el niño puede ser admitido provisionalmente siempre que todas las vacunas requeridas se realicen en el plazo de tres meses, y que el mantenimiento del niño en la comunidad esté subordinado a la presentación., Cada año, prueba que se ha cumplido la obligación de vacunación.

212 . Reconociendo que la vacunación obligatoria constituye una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada, el Gobierno francés sostiene que, no obstante, persigue el objetivo legítimo de proteger la salud. Considera que la necesidad de la injerencia debe evaluarse a la luz de las obligaciones positivas que incumben a los Estados de proteger la vida y la integridad física de las personas dentro de su jurisdicción. Recuerda que el Secretario General del Consejo de Europa subrayó recientemente la importancia de estas obligaciones en un documento titulado " Respeto de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos en el contexto de la crisis. Estados miembros ". Estimant que des droits concurrents sont en jeu et qu'il n'existe pas de consensus européen sur la vaccination obligatoire, le gouvernement français invite la Cour à indiquer qu'en matière de politique de santé publique et de prévention de la propagation de maladies graves et/ou contagieuses, les États bénéficient d'une ample marge d'appréciation en ce qu'ils sont les mieux placés pour apprécier, au regard de la situation sanitaire sur leur territoire et des moyens à leur disposition, les mesures nécessaires pour protéger la Salud pública.

213 . El gobierno francés sostiene que la obligación de vacunación se justifica por la gravedad de los efectos nocivos provocados por una baja tasa de cobertura de vacunación en la salud pública. Explica que es importante proteger al niño desde temprana edad y antes de entrar en un período de riesgo, y que, para proteger eficazmente a la comunidad, una política de vacunación debe llegar a la mayor cantidad de personas posible. Agrega que una alta tasa de vacunación es particularmente importante para proteger a las personas que no pueden vacunarse.

214 . Considera obvio que si la vacunación fuera puramente voluntaria, algunas personas buscarían beneficiarse de la inmunidad colectiva sin someterse al peligro residual que está vinculado al acto de vacunación. Considera que la generalización de tal actitud conduciría inevitablemente a una reducción de las coberturas de vacunación y, en última instancia, a la reaparición de patologías que se creían en declive.

215 . El Gobierno francés se basa en la Recomendación o 1317 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa titulada " Vacunación en Europa ", el Artículo 11 de la Carta Social Europea (revisada) y la Recomendación del Consejo de la Unión Europea sobre el fortalecimiento de la cooperación contra las vacunas. enfermedades prevenibles (2018 / C466 / 01) (párrafos 137 , 142 y 150 encima). Señala que todas las enfermedades implicadas son graves y, en su mayor parte, muy contagiosas, y que se reconoce la eficacia de las vacunas obligatorias, se limitan sus efectos adversos y se tienen en cuenta las contraindicaciones. Concluye que la injerencia que representa el sistema de vacunación obligatoria en el

ejercicio del derecho al respeto a la vida privada es proporcionada al objetivo de promover la obtención de la cobertura de vacunación que permita alcanzar el umbral necesario para la inmunidad colectiva. beneficio de toda la población.

b) El gobierno alemán

216 . El gobierno alemán precisa que la vacunación obligatoria se refiere al deber de vacunarse en determinadas situaciones definidas, y no a la administración forzosa de una vacuna. Describe el contexto en el que se adoptó una ley nacional que establece la vacunación obligatoria contra el sarampión (que entrará en vigor el 1er. Marzo de 2020), tras un amplio debate en la sociedad y en el Parlamento. Explica que ciertas categorías de personas deben proporcionar prueba de su vacunación, inmunidad o una contraindicación médica para la vacunación antes de recibir atención o ser empleadas en tipos específicos de estructuras, incluidas escuelas y otros establecimientos educativos. Indica que en Alemania se utiliza un método indirecto, la amenaza de una multa de hasta 2.500 euros, renovable en determinadas circunstancias, y la exclusión de establecimientos educativos, para asegurar el cumplimiento de la obligación de vacunación. Agrega que estos establecimientos están obligados a reportar a los niños no vacunados a las autoridades de salud pública. Aclaró que no es posible obligar a una persona a vacunarse y que siempre se requiere consentimiento. Los niños menores de un año estarían exentos. Otras exenciones se otorgarían por razones puramente médicas o cuando no se dispone de una vacuna. No habría posibilidad de derogación por motivos de religión o creencias. La compensación sería posible en caso de reacciones adversas, incluso si la vacuna se administró de acuerdo con las normas aplicables.

217 . El gobierno alemán observa que la vacunación obligatoria tiene como objetivo proteger no solo a los vacunados, sino también a toda la población, y más particularmente a las personas vulnerables que no pueden vacunarse por su edad o estado de salud. Explica que, si la tasa de vacunación es lo suficientemente alta (para el sarampión, el umbral se establece en el 95 % de la población), se puede erradicar una enfermedad. Añade que a pesar de los esfuerzos de sensibilización, la tasa de vacunación voluntaria alcanzada en Alemania nunca ha superado el 93 %. Este es el problema que el legislador habría tratado de abordar adoptando la ley en cuestión.

218 . Según el gobierno interviniente, si se quiere alcanzar el umbral del 95 %, se debe aplicar la vacunación obligatoria a los niños desde una edad temprana. Los niños pequeños también son particularmente vulnerables al sarampión, dada la inmadurez de su sistema inmunológico. A este respecto, el Gobierno alemán se remite a la recomendación formulada por el Comité experto del Instituto Robert Koch, la institución científica líder en biomedicina del país, indica que los niños deben vacunarse dos veces contra el sarampión antes de los dos años. Además, considera que la gestión del programa de vacunación obligatoria es más eficaz cuando forma parte de establecimientos que acogen a niños durante un período prolongado, como guarderías y servicios de guardería, tanto más. Que el número de niños que asisten a estas estructuras es, según él, aumentando.

219 . Como establece la jurisprudencia pertinente basada en el Convenio, la vacunación obligatoria constituiría una vulneración del derecho al respeto de la vida privada, cuya compatibilidad con el artículo 8 dependería principalmente del respeto del principio de proporcionalidad.

220 . Una sanción por incumplimiento de la obligación de vacunación y la consiguiente exclusión de un establecimiento educativo constituiría un ataque real pero simplemente indirecto a la integridad personal. El interés por proteger la salud pública y, sobre todo, la salud de las personas que no pueden ser vacunadas, sería de fundamental importancia. En este sentido, las obligaciones positivas recaerían sobre el Estado en virtud del artículo 2 de la Convención. La persona vacunada no solo soportaría la carga de la vacunación, sino que también se beneficiaría de la protección que se le brinda. La tasa de vacunación de 93 % El citado% se habría alcanzado de forma voluntaria, lo que demostraría que la vacunación es ampliamente aceptada por la población. Si algunos padres no vacunan a sus hijos, es principalmente por conveniencia o imprudencia. Una obligación legal de vacunación resolvería fácilmente estos casos y no causaría una violación mayor de los derechos individuales, sino simplemente un pequeño sacrificio personal. En principio, solo una pequeña parte de la población se opondría a la vacunación. El gobierno alemán estima que, una vez alcanzado el umbral del 95%, la enfermedad quedaría erradicada, ya no sería necesario vacunar a la población contra esta patología y la obligación de vacunación sería entonces superflua.

221 . El gobierno interviniente considera que, en cualquier caso, las Partes Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a sus sistemas y políticas de salud.

c) El gobierno polaco

222 . El gobierno polaco considera que los sistemas de vacunación obligatoria no violan la Convención y que las sanciones aplicables en este contexto son compatibles con los segundos párrafos de los artículos 8 y 9.

223 . Sostiene que el consentimiento al tratamiento médico juega un papel esencial en los principios de autodeterminación y autonomía personal. En su opinión, el tratamiento médico sin consentimiento constituye un atentado a la integridad física y moral. En su opinión, las epidemias de enfermedades infecciosas pueden conducir a crisis sanitarias, sociales y económicas y las Partes Contratantes están obligadas a luchar contra estas enfermedades en los seres humanos. La vacunación sería una medida preventiva óptima que no solo reduciría el número de personas infectadas, sino que también erradicaría la enfermedad en cuestión. Al promover la "inmunidad de grupo », Protegería a las personas vacunadas y también a las que no pueden hacerlo. Según el gobierno polaco, cuanta más gente se vacuna, más resistente es la población. Por lo tanto, la vacunación estaría dirigida principalmente a las generaciones más jóvenes. Según el estado actual de los conocimientos médicos, no existe una mejor profilaxis. El Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades también aboga por su vacunación generalizada (véase el párrafo 147 más abajo - arriba).

224 . Según el gobierno polaco, la vacunación juega un papel importante en la configuración de la salud pública. En su opinión, alivia las consecuencias sociales de las complicaciones médicas vinculadas a las enfermedades infecciosas, especialmente las relacionadas con el costo del tratamiento necesario. Por tanto, el sistema de vacunación obligatoria permitiría prevenir eficazmente la propagación de enfermedades infecciosas peligrosas, equilibrando, por un lado, la obligación que el Estado está obligado a cumplir con los ciudadanos, es decir, asegurando el mayor nivel posible de salud pública a tantas personas como sea posible - y, por otro lado, la obligación de vacunación que los ciudadanos tienen con el Estado. La rentabilidad de la vacunación también sería un factor a considerar.

225. En Polonia, la obligación de vacunación existe desde hace casi sesenta años en forma administrativa. En la actualidad, se establecería en una ley de 2008, seguida de un decreto adoptado en 2011 por el Ministro de Salud sobre la base de dicha ley. Además, el Inspector General de Salud Pública publicaría anualmente programas de vacunación preventiva para los profesionales de la salud que implementan el sistema de vacunación obligatoria. La vacunación contra once enfermedades presentes actualmente en territorio europeo sería obligatoria para cualquier residente en la República de Polonia. La inspección de salud pública estaría obligada a hacer cumplir la obligación de vacunar a los niños recurriendo a poderes administrativos. y la normativa correspondiente y su aplicación nunca hubieran sido cuestionadas. El Estado sería responsable de la seguridad de los procedimientos de vacunación y asumiría el costo de la vacunación y el tratamiento de los efectos secundarios. También sería posible optar por vacunas disponibles comercialmente, cuyo costo no sería cubierto por el Estado.

226 . El gobierno polaco considera que debido a la diversidad de los sistemas legales y sanitarios, es inevitable que las Partes Contratantes recurran a diversas soluciones para lograr un nivel suficiente de vacunación y que esta variedad refleja las diferencias sociales, económicas y culturales entre estos países, así como las condiciones, hábitos y expectativas locales y las posibilidades económicas de cada uno de ellos. Agregó que en ausencia de un consenso paneuropeo, las Partes Contratantes tienen un amplio margen de apreciación cuando se trata de hacer arreglos de acuerdo con el estado de sus conocimientos y sus posibilidades. Según el gobierno polaco, la evaluación del sistema de sanciones específico de cada Parte Contratante no debería conducir a debilitar el sistema de vacunación obligatoria en general. Más bien, en su opinión, la proporcionalidad de las soluciones adoptadas debería evaluarse caso por caso.

d) El gobierno eslovaco

227 . El Gobierno eslovaco observa que los presentes casos no se refieren a la obligación de vacunación como tal, sino a las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, distinción que considera relevante para el examen desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio. .

228 . Tras señalar que no existe un enfoque común para los estados miembros del Consejo de Europa, el gobierno interviniente se refirió al sistema vigente en Eslovaquia. Precisa que en este país la obligación de vacunación está definida por la legislación, es decir una ley aprobada por el Parlamento y un decreto de ejecución emitido por el ejecutivo. Indica que la obligación se aplica a todos, salvo en los casos de contraindicación médica. Agrega que no existe un mecanismo para obligar físicamente el cumplimiento de esta

obligación. Señala que, sin embargo, el médico tratante está obligado a explicar al paciente o sus representantes legales todos los aspectos y efectos relevantes de la vacuna a administrar, y que si la vacuna aún no es aceptada, el médico debe informar el caso a las autoridades de salud pública competentes, quienes convocarán al interesado para una entrevista. Según el gobierno eslovaco, una negativa persistente a cumplir puede considerarse un delito menor punible con una multa de hasta 331 euros.

229 . El gobierno eslovaco se refiere a una sentencia de 10 de diciembre de 2014 (caso n° PL. US 10/2013), en la que el Tribunal Constitucional eslovaco declaró que la obligación de vacunación estaba de acuerdo con la Constitución. El alto tribunal consideró que el Estado tenía la obligación positiva de garantizar la protección de la salud pública. Consideró que la decisión del legislador de cumplir con esta obligación mediante la obligatoriedad de la vacunación fue principalmente de carácter político y científico y que se ubicaba dentro de un amplio margen de apreciación. Indicó que la vacunación podría ser contraria al derecho individual a la protección de la salud si se administra a pesar de las contraindicaciones médicas o si tiene efectos adversos. Se demostraron los generales de la vacuna. Sin embargo, según ella, este no era el caso. Explicó que la obligación de vacunación contrapuso dos principios constitucionales, la protección de la salud pública y el respeto a la privacidad, y que para ella no era posible conciliar estos dos principios sin restringir fundamentalmente uno de ellos. Añadió que la exención prevista específicamente en caso de contraindicación iba de la mano de la obligación de los médicos tratantes de indagar sobre la existencia de contraindicaciones antes de administrar una vacuna. Dijo que, como con cualquier medicamento, o sus padres si fuera un niño - podría hacer lo mismo. Además, la Corte Constitucional indicó que el marco legislativo preveía una indemnización por los daños a la salud derivados de una vacuna administrada en violación de las normas aplicables. Según el tribunal superior, dado el estado de los conocimientos médicos, no existía otra forma eficaz de reducir o erradicar las enfermedades infecciosas. Para ella, la injerencia que representa la vacunación obligatoria en el derecho al respeto de la vida privada de la persona se justifica, por tanto, por el interés al que sirve, el de la protección de la salud pública. Si bien reconoce que algunos países también prevén una indemnización por los daños a la salud resultantes de la vacunación administrada de conformidad con las normas aplicables,

230 . En lo que respecta específicamente a los niños, el Gobierno eslovaco añade que el interés superior de estos últimos constituye el criterio principal y que es aconsejable establecer si existe o no una contraindicación médica para el tratamiento. Indica que, en ausencia de una contraindicación, la negativa a vacunar a un niño puede considerarse contraria al interés superior del niño. Para el gobierno interviniente, por lo tanto, es necesario hacer cumplir las normas aplicables a través de sanciones y es importante proteger a los niños desde una edad temprana, especialmente a aquellos que no pueden ser vacunados por contraindicaciones.

e) Spoločnosť pacientů s následky po očkování , zs . (Asociación de pacientes afectados por problemas de salud provocados por vacunas)

231 . La asociación interviniente representa a los pacientes afectados por problemas de salud que han surgido como consecuencia de la vacunación. A partir de esta posición, describe la situación de los niños que no han sido vacunados en absoluto o que no están completamente al día con respecto al calendario de vacunación vigente. Según ella, en estas situaciones, la mayoría de las veces los niños no son admitidos en el jardín de infancia, la madre pierde su trabajo porque no tuvo más remedio que quedarse en casa con su hijo y la familia. Se encuentra privada de una fuente de ingresos. La asociación indica que estas familias aún prefieren cambiar su estilo de vida en lugar de exponer a sus hijos a los riesgos inherentes a la vacunación obligatoria.

232. Ella cree que el sistema vigente ignora las necesidades individuales resultantes, por ejemplo, de efectos adversos que ya han afectado al niño en cuestión o a sus familiares. En parte explica esta situación por un nivel insuficiente de conocimiento independiente de los riesgos y efectos nocivos de la vacunación entre los pediatras, cuya educación continua a menudo sería apoyada por la industria farmacéutica. También lamenta la falta de transparencia en cuanto a los criterios y el método para definir el calendario de vacunación obligatoria por parte de los expertos. Esto dejaría un espacio para el ejercicio de la arbitrariedad por parte del ejecutivo y generaría desconfianza y resistencias en la población. Según la asociación, Esta situación ha llevado a los defensores de la inmunización a tomar contramedidas que generalmente han tenido el efecto de polarizar a la sociedad y estigmatizar a quienes se oponen a la inmunización. La asociación afirma que estas contramedidas consisten en i) imponer la obligación de vacunar a los pediatras, ii) campañas mediáticas a gran escala que

incentiven la vacunación y financiadas, según ella, por la industria farmacéutica, iii) un ejercicio del poder judicial, en particular por el Constitucional. Corte, yendo en dirección favorable a la obligación de vacunación, y iv) una campaña de desinformación llevada a cabo por los organismos públicos que promueven la vacunación.

233 . La asociación argumenta que, de hecho, el número de vacunas obligatorias y el estricto calendario de vacunación no dejan espacio para la evaluación de las necesidades individuales. Según ella, por motivos similares, las vacunas también se administran en situaciones en las que el paciente no está lo suficientemente sano para recibir las. Además, teniendo en cuenta la interpretación que se da en la práctica al término “contraindicación permanente”, la asociación considera que no es posible cumplir este criterio para obtener una exención de la vacunación obligatoria.

234. Estas características del sistema en vigor tendrían un impacto considerable en los niños afectados y sus familias. Hay varios otros sistemas sorprendentemente diferentes en Europa, incluso en países vecinos con una situación epidemiológica similar a la de la República Checa, el estado en el que el sistema de vacunación es el más estricto. La asociación asegura que, si el Tribunal determinara que el sistema checo no es contrario a los requisitos de la Convención, la situación podría incluso empeorar y esta tendencia podría extenderse a otros países. Añade que, si la Corte concluyera en sentido contrario,

f) El Centro Europeo para el Derecho y la Justicia (ECLJ)

235 . En cuanto a su aportación se refiere al artículo 8, el tercero interviniente sostiene que este caso es importante por cuanto se refiere, según él, al respeto a la integridad física y moral de las personas, garantizada por el principio de la primacía de la condición humana. Siendo por el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia y el del consentimiento libre e informado de la persona antes de cualquier intervención en el ámbito de la salud, principios recogidos en los artículos 2 y 5 del Convenio de Oviedo. Hizo hincapié en la necesidad de regular estas cuestiones, especialmente a la luz de la experiencia de varios países en el XX Century habría seguido diversas políticas eugenésicas e higiénicas, y cree que para ello se podrían hacer uso de los principios jurisprudenciales resultantes de los casos de esterilización forzada sobre los que se ha pronunciado la Corte. Señala que los presentes casos se refieren a una situación en la que existe un fuerte incentivo para que las personas se sometan a la vacunación obligatoria mediante la amenaza de una sanción. Observando que en el presente caso nadie ha sido obligado a vacunarse, considera que la cuestión principal no se relaciona tanto con la legitimidad de la vacunación obligatoria como con la de la sanción impuesta a los solicitantes por no haberlo hecho. .

236 . El tercero interventor sostiene que la integridad física de una persona se enmarca dentro del concepto de “vida privada” amparado por el artículo 8 de la Convención y que la vacunación obligatoria como intervención médica involuntaria constituye una injerencia en el ejercicio de este derecho. Según él, la cuestión esencial se refiere a la necesidad de las medidas tomadas por las autoridades con respecto a los solicitantes en apoyo de esta política.

237 . Al respecto, la tercera parte interviniente considera que el enfoque correcto es intentar conciliar derechos e intereses en competencia, y no simplemente oponerse a ellos. Para él, la conciliación implica buscar un compromiso y aplicar los principios del pluralismo y la tolerancia.

238 . El tercer orador señaló que países como Austria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia no tienen obligaciones de vacunación, mientras que otros países imponen entre una (Bélgica) y doce (Letonia) vacunas. Señaló que no se había establecido la utilidad y la necesidad de la vacunación obligatoria.

239 . El tercer ponente considera que poner el énfasis en la pedagogía y la recomendación, combinado con procedimientos más flexibles, constituye otra opción que la coacción y que tal enfoque es más respetuoso con la integridad moral y física de las personas, garantizada en particular por el artículo 8 de la Convención.

g) ROZALIO - Padres para mejor información y libre elección en vacunación , zs .

240 . Este tercer ponente presenta la siguiente información, basada en su experiencia. Según él, en la República Checa, un número creciente de padres quieren estar informados sobre cuestiones relacionadas con la vacunación, se preguntan sobre su necesidad y momento y conocen su derecho inalienable a tomar decisiones informadas sobre todos los asuntos que conciernen a sus hijos. Para el tercero, la mayoría de estos padres no se oponen a la vacunación de sus hijos en bloque, sino que prefieren un enfoque individualizado. En su opinión, no saben cómo comunicarse sobre estos aspectos con médicos y autoridades, y el Estado no les brinda fuentes de información adecuadas y relevantes.

241 . Según este tercer ponente, las herramientas represivas destinadas a mejorar la tasa de vacunación despiertan desconfianza y, por tanto, resultan inadecuadas. Datos verificables habrían mostrado que un aumento en el nivel de represión fue acompañado por una disminución en la tasa de vacunación. Un mejor enfoque sería promover el diálogo con los padres en pie de igualdad.

242 . El meollo del problema es que la ley PSP prevé sanciones contra los padres que no inmunicen a sus hijos y los excluya de las guarderías, públicas y privadas, así como de otras actividades como viajes y excursiones escolares.

243 . En cuanto a las sanciones impuestas a los padres, el tercero interviniente se refiere a la objeción de conciencia secular tal como la definió el Tribunal Constitucional en el caso *Vavříčka* y luego desarrolló el tribunal superior en una sentencia de 22 de diciembre de 2015 relativa a otro caso (apartados 28 y 93 encima). Al respecto, observa que a partir de 2011 los padres que no habían vacunado a sus hijos dejaron de ser objeto de procesos por infracciones leves pero que desde 2018 se han vuelto a iniciar dichos procesos. Sin embargo, indica que en casos individuales los órganos administrativos que intervienen en estos procesos no otorgan la exención prevista por la jurisprudencia constitucional y que no se otorga dicha exención en lo que respecta al ingreso a la institución. vacuna requerida. Agrega que la exención legal de la obligación de vacunación por razones de salud requiere una contraindicación permanente y que los médicos generalmente interpretan esta categoría de razones de manera restrictiva.

244 . El comentarista tercero indica que la amenaza de sanción también se aplica a los establecimientos preescolares que admiten a un niño no vacunado y que, ante la imposibilidad de inscribir a sus hijos en dicho establecimiento, los padres deben quedarse en la casa para ocuparla o llevar el costo de otro tipo de cuidado de niños. Según el tercero, los padres afectados a veces se organizan para que sus hijos se cuiden en grupos informales. Sin embargo, todo esto tendría consecuencias económicas y profesionales.

245 . A continuación, el tercer ponente describe el régimen legal aplicable a las vacunas, su funcionamiento en un contexto más amplio, su reforma así como las consecuencias de la vacunación obligatoria para diversas categorías de actores. Explicó que en 2017-2018 la escuela de párvulos se hizo obligatoria para los niños de cinco años (véase el párrafo 81 más arriba - arriba). Desde entonces, ya no tendrían que vacunarse. Sin embargo, este cambio no habría tenido efectos significativos en la salud pública, aunque estos niños generalmente se encuentran niños más pequeños que todavía están sujetos a la vacunación obligatoria. El proceso de consulta existente a nivel ministerial sobre el establecimiento del calendario de vacunación deja mucho que desear : el comité de trabajo especializado creado en 2015 (párrafo 156 más abajo - arriba) se reunirá solo cinco veces, no habría hecho ningún hallazgo y sería inactivo desde 2018.

h) El Foro Europeo de Vigilancia de Vacunas

246 . Este tercer ponente explica que si, en otras áreas de importancia social en una sociedad democrática, los puntos de vista opuestos están representados a nivel institucional, en el ámbito de la salud pública, por otro lado, no existen sindicatos de un particular. profesión para defender las opciones de un individuo en materia de salud. Según él, si bien en el campo de la justicia existen normas adoptadas por el legislador y reajustadas por el juez, no existe nada equivalente en el campo de la salud. El tercer orador observó que, si bien tradicionalmente existe una orden de médicos y un órgano administrativo responsable de los problemas de salud, generalmente no existe una institución que represente al paciente. pacientes-expertos ».

247 . El tercer ponente explicó que en Francia los expertos jurados en el sector de la salud son nombrados por un tribunal y trabajan en el marco de un sistema que está abierto a críticas, particularmente en vista de su campo de especialización y experiencia. Añade que, por diversas razones, la investigación de vacunas básica, preclínica y clínica tiene un potencial limitado.

248 . Además, el tercero interviniente critica el uso de compuestos a base de aluminio en la producción de vacunas y explica esta práctica por consideraciones económicas por parte del sector farmacéutico.

249 . Además, describe en detalle varios aspectos fisiológicos de la inmunidad y comenta un caso clínico específico que ilustra la existencia de efectos adversos para la salud de la vacunación.

250 . Según el tercero, las declaraciones públicas de las autoridades sanitarias sobre los efectos secundarios de las vacunas suelen ser sesgadas y los estudios oficiales en el campo de la inmunización suelen ignorar a sus autores y fuentes. Aún así, preguntas como la efectividad de la vacunación de refuerzo para adultos y las vacunas subcutáneas en general estarían abiertas a debate.

251 . A los ojos del tercero, de la misma manera que existe el principio *in dubio pro reo* para las cuestiones de responsabilidad, las dudas sobre la vacunación deben interpretarse en un sentido que favorezca la libertad de elección del individuo, de acuerdo con los principios *primum non nocere* et *in dubiis abstinence* .

252 . Según el tercero, el mundo médico suele confundir “ consentimiento informado ” y “ permiso otorgado por el paciente para realizar una determinada intervención ”. En su opinión, la razón puede - ser que los médicos, a pesar de extensos estudios, no están capacitados para transmitir información científica y médica en un lenguaje comprensible para los pacientes. No hay nada que decir si el estado de la ciencia con respecto a los enfoques terapéuticos tiene en cuenta las respuestas fisiológicas de un individuo.

253 . Si bien la vacunación sería un proceso intrusivo según la ley y, por lo tanto, normalmente estaría sujeto al consentimiento informado, en Francia se ordenaría administrativamente, sin estar sujeto al consentimiento libre e informado de la persona interesada.

254 . Se han descrito muchos casos de patologías graves tras la vacunación, como síndromes autistas, esclerosis múltiple, síndromes de Guillain-Barré o incluso miofascitis por macrófagos. Según los informes, algunos han sido demostrados ante los tribunales en procedimientos individuales contra empresas farmacéuticas. Sería necesario y sería responsabilidad científica y médica, en una sociedad democrática, excluir los riesgos potenciales estableciendo la ausencia de vínculo causal entre la administración de la vacuna y las patologías observadas con posterioridad a ésta. Para la tercera parte interviniente, no podemos justificar la ausencia de tal enfoque presentando consideraciones económicas.

255 . Hoy en día, la comprensión de la fisiología está todavía en su infancia y la vacunación, tal como se practica, es un proceso arcaico implementado por laboratorios e instituciones por encima de ellos.

256 . Muchas patologías contra las que la vacunación es obligatoria no producirían consecuencias graves y la vacunación contra estas enfermedades tendría el efecto de mutarlas y hacerlas más perniciosas.

257 . Finalmente, muchos gobiernos abogan actualmente por una amplia cobertura de vacunación a través de una política de vacunación agresiva, mientras que ningún estudio científico ha demostrado la efectividad de este enfoque. Otros países europeos, en cambio, dejarían al individuo libre para elegir en este ámbito. El comentarista tercero creía que el primer paso imperativo sería asegurar que los afectados estuvieran completamente informados sobre todos los aspectos relevantes de la vacunación y cuestionó si los médicos eran capaces de hacer esto. En segundo lugar, el tercero interventor considera que el individuo debe tener libertad para elegir entre el consentimiento informado y la negativa.

3. Valoración del Tribunal

a) El tema de las solicitudes

258 . El Tribunal observa que los demandantes formularon sus quejas basándose en el artículo 8 refiriéndose principalmente a la multa impuesta al Sr. Vavříčka ya la negativa de los niños demandantes a asistir a la guardería. En otras palabras, se quejan de las consecuencias de no vacunar.

259 . Para el Tribunal, sin embargo, las consecuencias sufridas por los demandantes no pueden realmente dissociarse de la obligación subyacente. Por el contrario, estas consecuencias fueron el resultado directo e inmediato de la actitud de las demandantes hacia esta obligación y, por tanto, están intrínsecamente ligadas a ella.

260 . En consecuencia, el Tribunal considera que el objeto de las denuncias de las demandantes radica en la obligación de vacunación y en las consecuencias del incumplimiento que debieron sufrir las demandantes.

b) En el personal

261 . No es controvertido entre las partes que la denuncia presentada en virtud del artículo 8 de la Convención se refiere al derecho de los demandantes al respeto de su vida privada. La Corte coincide con este análisis, ya que es jurisprudencia reiterada que la integridad física de una persona forma parte de su “ vida privada ” en el sentido de esta disposición de la Convención, que también cubre, en cierta medida, la ley. , para el individuo, para establecer y desarrollar relaciones con otros (*Paradiso y Campanelli c. Italia* [GC], n o [25358/12](#) , § 159, 24 de enero de 2017, con más referencias ; en particular vacunación, ver también *Boffa y otros* , decisión antes citada, y *Baytüre y otros c. Turquía* (desc.), [No.3270 / 09](#) , de marzo de 12 , 2013).

262 . Si bien algunos de los demandantes también se basan en el derecho al respeto de la vida familiar, el Tribunal considera que no es necesario examinar sus denuncias en virtud del artículo 8 desde ese ángulo adicional.

c) La existencia de una interferencia

263 . Según la jurisprudencia del Tribunal, la vacunación obligatoria, como intervención médica involuntaria, constituye una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención (*Solomakhin c. Ucrania* n o [24429/03](#) , § 33, 15 de marzo de 2012, con más referencias). Con respecto a los demandantes en el presente caso, es cierto, como señaló el Gobierno, que no se llevó a cabo ninguna de las vacunaciones controvertidas. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto de este caso según lo establecido anteriormente (párrafo 260) y el hecho de que, por su no - ingreso al jardín de infancia, los niños solicitantes sufrió consecuencias directas de no - cumplimiento de la vacunación obligatoria, el tribunal determine que ha habido un líder en su interferencia con el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada .

264 . En lo que respecta al Sr. Vavříčka , aunque lo que está en juego es la vacunación de sus hijos, el Tribunal considera que este factor no conduce a una conclusión diferente. Observa que, con arreglo al derecho interno, el Sr. Vavříčka estaba sujeto personalmente a la obligación de vacunar a sus hijos y que las consecuencias de no hacerlo son : es decir, la imposición de una multa, fueron sufridas directamente por el interesado, en su calidad de persona legalmente responsable del bienestar de sus hijos. Como se indicó anteriormente, cuando se opuso a su vacunación explicó que su motivación estaba ligada principalmente a su integridad física, pues temía que la vacunación pudiera ocasionar graves daños a su salud. En consecuencia , el Tribunal considera que las circunstancias del caso del señor Vavříčka también pueden considerarse como una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada, como admitió además el Gobierno (*Boffa y otros* , decisión antes citada, p. 34) .

d) La justificación de la injerencia

265 . Para determinar si esta injerencia constituyó una violación del artículo 8 de la Convención, la Corte debe determinar si fue justificada en el segundo párrafo de este artículo, es decir, si fue " prescrita por la ley " , si persiguió uno o más de los objetivos legítimos enumerados en esta disposición, y si era " necesario en una sociedad democrática " para tal fin .

i. " Previsto por ley "

266 . La Corte reitera que cualquier vulneración de un derecho garantizado por la Convención debe tener un fundamento en el derecho interno. Además, la " ley " debe ser lo suficientemente accesible y expresada con la precisión suficiente para que las personas a las que se aplica regulen su conducta : rodeándose, si es necesario, de consejos ilustrados, deben poder prever, en una medida razonable. grado en las circunstancias del caso, las consecuencias que *probablemente* se deriven de un acto específico (ver, por ejemplo, *Dubská y Krejzová v. República Checa* [GC], núms. [28859/11](#) y [28473/12](#) , § 167, 15 de noviembre, 2016, con otra referencia).

267 . El Tribunal observó que la obligación de vacunación se fundamentó expresamente en el artículo 46 §§ 1 y 4 de la Ley PSP, aplicada en combinación con el decreto emitido por el Ministerio en virtud de la facultad que le confiere a tal efecto los artículos 46 § 6 y 80 1 de la Ley de PSP (véanse los párrafos 11 , 13 y 74 por debajo de - arriba). Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de vacunación se derivaron para el Sr. Vavříčka de la aplicación del artículo 29 §§ 1 f) y 2 de la Ley de Medicina Interna (apartados 17 y 83 supra) y, para los niños solicitantes, de la aplicación del artículo 34 § 5 de la Ley de educación, junto con el artículo 50 de la Ley PSP (véanse los párrafos 15 , 73 y 81 anteriores). Los solicitantes no cuestionaron la accesibilidad y previsibilidad de estas disposiciones.

268 . De hecho, la objeción específica de las demandantes a la legalidad de la injerencia en cuestión se basa principalmente en su argumento, formulado a la luz de las disposiciones del artículo 4 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (véase el apartado 65 anterior), según que, en el contexto en cuestión, el término " ley " debe interpretarse en el sentido exclusivo de una ley aprobada por el Parlamento, que corresponde a la forma en que el concepto de " ley " (*zákon*) se entiende generalmente a nivel nacional. Critican el hecho de que el régimen de vacunación checo se basa en una combinación de textos legislativos y reglamentarios.

269 . La Corte reitera que el término " ley " , en la expresión " previstos por la ley " que figura en los artículos 8 a 11 de la Convención, debe entenderse en su sentido " material " y no " formal " . Por lo tanto, incluye, en particular, la " ley escrita " , que no se limita a los textos legislativos, sino que también incluye actos e instrumentos jurídicos de menor rango. En resumen, la " ley " es la promulgación vigente tal como la han interpretado los tribunales competentes (véase, por ejemplo, *Sanoma Uitgevers BV c. Holanda* [GC], n o [38224/03](#) , § 83, 14 de septiembre de 2010, con otra referencia).

270 . Por otra parte, la Corte observa que la constitucionalidad del sistema legislativo en cuestión se examinó *en su totalidad* y se confirmó tanto por el CAS y por el Tribunal constitucional (párrafos 36 , 60 , 86 y 91 de arriba - arriba).

271 . En consecuencia, la Corte encuentra que la injerencia denunciada fue prescrita por la ley en el sentido del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención.

ii. Sobre la existencia de un fin legítimo

272 . En cuanto a los fines que persigue la obligación de vacunación, tal y como respalda el Gobierno y reconocidos por los tribunales nacionales, el objetivo de la legislación pertinente es la protección contra las enfermedades que puedan suponer un riesgo grave para la salud. Esto concierne tanto a las personas que reciben las vacunas en cuestión como a las que no pueden ser vacunadas y que, por tanto, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, dependiendo de una alta tasa de vacunación que se lograría en toda la población para protegerse de las enfermedades contagiosas implicadas. Este objetivo corresponde a los fines de protección de la salud y protección de los derechos de los demás, a que se refiere el artículo 8 del Convenio.

En vista de lo anterior, no es necesario determinar si otros fines reconocidos como legítimos por el artículo 8 § 2, a saber, los intereses de la seguridad pública, el bienestar económico del país o el orden público, pueden entrar en juego cuando un El estado toma medidas para evitar que una enfermedad grave cause trastornos importantes en la sociedad.

iii. Sobre la necesidad en una sociedad democrática

1) Principios generales y margen de apreciación

273 . Los principios aplicables se pueden resumir de la siguiente manera (véanse, en particular, *Dubská y Krejzová* , antes citados, §§ 174-178, con más referencias) :

- Una injerencia se considera " necesaria en una sociedad democrática " para lograr un objetivo legítimo si responde a una " necesidad social urgente " y, en particular, si las razones dadas por las autoridades nacionales para justificarla parecen " pertinentes y suficientes " y si es proporcionado al objetivo legítimo perseguido.

- El mecanismo de control establecido por la Convención tiene una función fundamentalmente subsidiaria. Las autoridades nacionales gozan de legitimidad democrática directa en materia de protección de los derechos humanos y, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vitales de su país, están en principio en mejores condiciones que el juez internacional para evaluar las necesidades y el contexto local.

- En consecuencia, corresponde ante todo a las autoridades nacionales decidir sobre el punto de saber dónde está el justo equilibrio a alcanzar cuando evalúan la necesidad, a la luz de un interés general, de interferir en los derechos de las personas protegidas por el artículo 8 de la Convención. De ello se desprende que, al aprobar leyes destinadas a conciliar intereses contrapuestos, los Estados deben, en principio, poder elegir los medios que consideren más adecuados al objetivo de la conciliación así perseguida.

- Esta valoración por parte de las autoridades nacionales queda sujeta a revisión por parte de la Corte, que en última instancia decide si, en un caso particular, la injerencia fue " necesaria " en el sentido que atribuye el artículo 8 de la Convención a este término.

- En principio, las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación al respecto. El alcance de este margen depende de una serie de factores determinados por las circunstancias del caso. Este margen es tanto más estrecho cuanto que el derecho en cuestión es importante para garantizar al individuo el goce efectivo de los derechos fundamentales o personales que le son reconocidos. Cuando está en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen que se deja al estado también es limitado. Cuando, entre las Partes Contratantes de la Convención, no existe consenso sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre la mejor forma de protegerlo, el margen de apreciación es más amplio, especialmente cuando existen delicadas cuestiones morales o éticas. en juego.

274 . El Tribunal dictaminó que las cuestiones de salud pública caen en principio dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, que están en mejor posición para evaluar las prioridades, el uso de los recursos disponibles y las necesidades de la sociedad (*Hristozov y otros c. Bulgaria* , no. huesos [47039/11](#) y [358/12](#) , § 119, ECHR 2012 (extractos), con más referencias).

275 . Finalmente, la Corte reitera que el margen de apreciación disponible para el Estado demandado es generalmente amplio cuando tiene que encontrar un equilibrio entre intereses públicos y privados en

competencia o diferentes derechos protegidos por la Convención (ver, por ejemplo, *Evans. V Reino Unido* [GC], n o [6339/05](#) , § 77, ECHR 2007 - I, con más referencias).

2) El margen de apreciación en el presente caso

276 . Dado que el presente caso se refiere a una intervención médica obligatoria, la obligación de vacunación puede considerarse vinculada al goce efectivo por el individuo de sus derechos personales (*Solomakhin* , antes citado, § 33). Sin embargo, el peso de esta consideración se ve mitigado por el hecho de que no se administró ni pudo haberse administrado ninguna vacuna en contra de los deseos de los solicitantes, ya que la legislación nacional pertinente no permite el cumplimiento de la obligación por la fuerza.

277 . Sobre la existencia de consenso, la Corte distingue dos aspectos. Primero, existe un consenso general entre las Partes Contratantes, fuertemente apoyado por organismos internacionales especializados, que la vacunación es una de las intervenciones médicas más efectivas y rentables, más favorable y que cada Estado debe esforzarse por lograr la tasa de vacunación más alta posible entre su población (véase el párrafo 135 anterior). Por tanto, no cabe duda de la importancia relativa del interés en juego.

278 . En segundo lugar, en cuanto a la mejor forma de proteger los intereses en juego, la Corte observa la falta de consenso sobre un modelo único. De hecho, entre las Partes Contratantes de la Convención, existe una amplia gama de políticas relacionadas con la inmunización infantil, que van desde el modelo que se basa totalmente en las recomendaciones hasta modelos que hacen que sea una obligación legal garantizar la inmunización completa de los niños, a través de las que imponer una o más vacunas obligatorias. La posición que ocupa la República Checa en este espectro es la más prescriptiva y está aprobada y compartida con este país por tres Gobiernos que han intervenido en este caso (ver los comentarios de las autoridades francesas, polaco y eslovaco figuran en los párrafos 211 , 225 y 228 arriba - arriba). La Corte observa además que varias otras Partes Contratantes han tomado recientemente un giro más prescriptivo en su política, luego de una caída en la vacunación voluntaria y la consecuente caída de la inmunidad colectiva (véanse las observaciones de los Gobiernos francés y alemán, en los párrafos 211 y 216 anteriores). y la sentencia dictada en 2018 por el Tribunal Constitucional italiano, resume en los párrafos 106 - 112 anteriormente.- arriba).

279 . Si bien la vacunación de los niños, un aspecto fundamental de la política de salud pública actual, no plantea en sí misma cuestiones morales o éticas sensibles, la Corte acepta, no obstante, que hacer de la vacunación una obligación legal puede percibirse como plantear tales preguntas ; Esto se puede ver en los ejemplos tomados de la jurisprudencia constitucional que se presentó anteriormente (apartados 95 - 127). El Tribunal observa a este respecto que el reciente cambio en la política alemana fue precedido por un amplio debate sobre el tema en la sociedad y en el Parlamento. Sin embargo, considera que el personaje sensible El reconocimiento de este problema no se limita al punto de vista de las personas hostiles a la obligación de vacunación. Como sostiene el Gobierno demandado, también debe considerarse en términos de la importancia de la solidaridad social, siendo el objeto de la obligación en cuestión proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular las personas que son particularmente vulnerables a determinadas enfermedades y a que se invita al resto de la población a correr un riesgo mínimo al vacunarse (véase, al respecto, la Resolución 1845 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, citada en el párrafo 143 anterior). El Tribunal volverá a este punto a continuación.

280 . Como se ha recordado anteriormente (apartado 274), el Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar que las cuestiones de salud pública están dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, y aplicando los principios que se desprenden de su reiterada jurisprudencia, considera que en el presente caso, que se refiere específicamente a la obligatoriedad de la vacunación infantil, dicho margen debe ser amplio.

3) necesidad social urgente

281 . Dado que la importancia de la vacunación de los niños se reconoce en general como una medida clave de la política de salud pública, es necesario examinar si la elección hecha por el legislador checo de hacer obligatoria esta vacunación puede considerarse como una respuesta a una necesidad social urgente.

282 . Al respecto, cabe recordar que las disposiciones pertinentes del Convenio, en particular los artículos 2 y 8, imponen a los Estados Contratantes la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas dentro de su jurisdicción (*LCB v. Reino Unido* , 9 de junio de 1998, § 36, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1998 - III, *Boudaïeva y otros v. Rusia* , Nos . [15339/02](#) y otros 4, §§ 128 - 130, TEDH 2008 (extractos), *Furdík contra Eslovaquia* (diciembre), no o [42994/05](#) , 2 de diciembre

de 2008, con más referencias, *Hristozov y otros* (antes citados) §§ 106 y 116, *Ibrahim Keskin c. Turquía*, [no.10491 / 12](#), § 2018 de marzo, y 62, 27 *Kotilainen y otros v. Finlandia*, n o [62439/12](#), §§ 78 y ss ERS 17 de de septiembre de 2020). Obligaciones similares se derivan de otros instrumentos internacionales de derechos humanos ampliamente aceptados y se desarrollan aún más mediante la práctica de los órganos de supervisión pertinentes. (en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véanse los párrafos 129 - 131 anterior, por la Convención sobre los Derechos del Niño, véanse los párrafos 132 - 134 anterior, y por último en relación con la Carta Social Europea, véanse los párrafos 137 - 140 por debajo - arriba).

283 . La Corte toma nota de las opiniones especializadas presentadas por el Gobierno demandado, que reflejan la firme convicción de las autoridades médicas competentes de la República Checa de que la vacunación de niños debe seguir siendo una obligación legal en ese país, y que subrayan el riesgo de que pondría a una posible reducción de la tasa de vacunación en la salud individual y pública si este acto se convirtiera en un procedimiento meramente recomendada (párrafos 152 - 153 encima). Los gobiernos intervinientes también expresaron preocupaciones sobre los riesgos asociados con la disminución de la cobertura de inmunización, que subrayaron la importancia de garantizar que los niños estén inmunizados desde una edad temprana contra las enfermedades que les preocupan (véase también la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, en el párrafo 107 supra).). También se han expresado preocupaciones similares a nivel europeo e internacional (véanse los párrafos 131, 134, 142, 149 y 151 anteriores).

284 . A la luz de estos argumentos, así como de la posición claramente adoptada por los organismos especializados en la materia, se puede considerar que en la República Checa la obligación de vacunación constituye la respuesta de las autoridades nacionales a la imperiosa necesidad social de proteger a las personas y salud pública contra las enfermedades en cuestión y para evitar cualquier tendencia a la baja en las tasas de inmunización infantil.

4) Motivos pertinentes y suficientes

285 . En cuanto a las razones dadas para justificar el carácter obligatorio de la vacunación en la República Checa, el Tribunal ya ha reconocido las sólidas razones de salud pública que subyacen a esta elección política, en particular en lo que respecta a la eficacia y seguridad de la vacunación infantil. Asimismo, reconoció la existencia de un consenso generalizado a favor del objetivo, para cada Estado, de lograr el mayor nivel posible de cobertura de inmunización. Si bien los demandantes sostienen que las autoridades no han establecido que la obligación de aceptar las vacunas requeridas fuera necesaria y justificada (ver párrafo 175 anterior), la Corte considera que el Gobierno expresó claramente las razones para esta elección. Además, toma nota de la conclusión formulada por el Tribunal Constitucional checo de que los datos relevantes obtenidos de expertos nacionales e internacionales en la materia justifican la continuación de esta política (véase el párrafo 91 anterior). Si bien el esquema de vacunación obligatoria no es el modelo único ni el más extendido entre los Estados europeos, el Tribunal reitera que, en cuestiones de salud pública, son las autoridades nacionales las que están en mejores condiciones para evaluar las prioridades., El uso de los recursos disponibles. y las necesidades de la sociedad. Todos estos aspectos son relevantes en el presente contexto y se encuentran dentro del amplio margen de apreciación que la Corte debe otorgar al Estado demandado.

286 . Además, el objeto del presente caso plantea necesariamente la cuestión del interés superior de los niños. Al respecto, los demandantes argumentan que debe ser primordialmente para los padres determinar cómo servir y proteger el interés superior del niño, y que la intervención del Estado solo es aceptable como último recurso, en casos de casos extremos. El Gobierno considera que, en materia de salud, el interés superior del niño es disfrutar del mejor estado de salud posible.

287 . Según la reiterada jurisprudencia de la Corte, el interés superior de los niños debe prevalecer en todas las decisiones que les conciernen. Esta idea refleja el amplio consenso que existe en este ámbito y que se refleja en particular en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ver, por ejemplo, *Opinión Consultiva sobre el reconocimiento en el derecho interno de la filiación entre un niño nacido de una subrogación practicada en el extranjero y la madre de la intención* [GC], solicitud n o P16 - 2018 - 001 Corte de Casación de Francia, § 38 10 de abril de 2019 otras referencias, y *Neulinger y Shuruk v. Suiza* [GC], [no.41615 / 07](#), § 135, CEDH 2010).

288 . De ello se desprende que los Estados tienen la obligación de colocar el interés superior del niño, y también del niño como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo. En

cuanto a la vacunación, el objetivo debe ser garantizar que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves (véase el párrafo 133 a continuación - arriba). En la gran mayoría de los casos, este objetivo se consigue administrando a los niños, desde edades tempranas, todas las vacunas previstas en el programa de vacunación. Aquellos que no pueden recibir este tratamiento están indirectamente protegidos contra enfermedades contagiosas siempre que, dentro de su comunidad, la cobertura de inmunización se mantenga al nivel requerido; en otras palabras, su protección radica en la inmunidad de grupo. Así, cuando parezca que una política de vacunación voluntaria es insuficiente para obtener y mantener la inmunidad de grupo, o que la inmunidad de grupo no es relevante dada la naturaleza de la enfermedad (si es, por ejemplo, el tétanos), las autoridades nacionales pueden implementar razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección frente a enfermedades graves. Para la Corte, la política de salud del Estado demandado descansa en tales consideraciones, por lo que puede considerarse compatible con el interés superior de los niños, que es el centro de atención de esta política (ver l. observación general m o 15 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, párrafo 133 anterior; véanse también a este respecto las conclusiones del Tribunal Constitucional italiano y la sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, párrafos 109 y 128 supra - supra).

289. Por tanto, el Tribunal acepta que la elección del legislador checo de optar por una estrategia de vacunación obligatoria está respaldada por razones pertinentes y suficientes. Esta conclusión se extiende a la injerencia particular denunciada por los demandantes, ya que la sanción administrativa impuesta al Sr. Vavříčka y la no admisión de los niños demandantes en la guardería resultaron directamente de la aplicación del marco legal.

5) proporcionalidad

290. Por último, el Tribunal de Justicia debe apreciar la proporcionalidad de la injerencia controvertida a la luz del objetivo perseguido.

291. Primero examinará las características relevantes del régimen nacional. La obligación de vacunación se refiere a nueve enfermedades contra las cuales la comunidad científica considera que la vacunación es segura y eficaz, que emite el mismo juicio sobre la décima vacunación, administrada a niños con indicaciones médicas específicas (párrafo 76 encima). El modelo checo ciertamente ha adoptado la obligación de vacunación, pero no es una obligación absoluta. Se concede una exención en particular a los niños que presentan una contraindicación permanente para la vacunación. Las demandantes y dos de las terceras partes coadyuvantes criticaron la forma en que la profesión médica interpreta y aplica este motivo en la República Checa. El Tribunal observó, sin embargo, que ninguno de los demandantes, durante el procedimiento nacional o ante el Tribunal, invocó la existencia de una contraindicación para una u otra de las vacunas contra las que se quejaban. Por lo tanto, la cuestión de cómo se aplica la exención en la práctica no es particularmente relevante para sus quejas. El Tribunal reitera que su cometido no es revisar en abstracto una legislación o práctica impugnada. Sin olvidar el contexto general, debe limitarse en la medida de lo posible a abordar las cuestiones planteadas por el caso concreto que tiene ante sí (ver, entre muchos otros, *Paradiso y Campanelli*, supra, § 180). Por tanto, no puede conceder importancia a las críticas formuladas hoy contra la exención legal de la obligación de vacunación.

292. Dentro del Estado demandado, se puede otorgar una exención sobre la base de la jurisprudencia *Vavricka* del Tribunal Constitucional (párrafo 28 supra - supra), que posteriormente dio lugar a un derecho a la "objección de conciencia secular" (párrafo 93 encima). Según el derecho interno, esta exención se refiere a las dos formas de injerencia en litigio en el presente caso y, como ha confirmado el Gobierno, puede invocarse directamente para impugnar una multa o la denegación de la admisión de un niño al jardín de infancia. Las demandantes afirman que esta exención casi nunca se concede en la práctica, en particular en lo que respecta a la admisión en un establecimiento preescolar. Una vez más, el Tribunal sólo puede señalar que los menores demandantes no pretendieron acogerse a dicha exención durante el procedimiento nacional. Las críticas formuladas a este respecto por el Sr. Vavříčka serán tratadas por el Tribunal en el contexto del examen de la denuncia que el demandante ha formulado con arreglo al artículo 9 (apartado 335arriba - abajo).

293. Si bien en el Estado demandado la vacunación es una obligación legal, la Corte reitera que no es posible imponer directamente su observancia, ya que ninguna disposición permite la administración de una vacuna por la fuerza. Al igual que en los arreglos adoptados en los Estados intervinientes, la aplicación de

sanciones se utiliza como método indirecto para hacer cumplir esta obligación. En la República Checa, la sanción puede considerarse relativamente moderada, ya que consiste en una multa administrativa que solo puede imponerse una vez. En el caso del señor Vavříčka, aunque afirmó que la multa era elevada para él dado el contexto (apartado 162 supra), la Corte advierte que dicho monto se acercó al límite inferior del baremo correspondiente y considera que no puede considerarse que la multa haya sido excesivamente pesada o severa.

294. En lo que respecta a los niños solicitantes, el Tribunal considera que su negativa a ingresar a la escuela de párvulos es una "injerencia" en el sentido del artículo 8 § 2 del Convenio. Los demandantes lo perciben como una forma de sanción o sanción que se les impone. La Corte considera, sin embargo, que la consecuencia -que estaba claramente prevista en los textos legislativos- del incumplimiento de la obligación jurídica general en cuestión, que tenía como objetivo en particular la preservación de la salud de los niños pequeños, fue de carácter esencialmente protector, y naturaleza no punitiva (véase también el párrafo 61 a continuación - encima). Examinará el alcance de la negativa de los niños solicitantes a asistir a la guardería cuando evalúe el alcance de la injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida privada (véanse los párrafos 306 y 307 más abajo).

295. El Tribunal toma nota de las garantías procesales previstas por la legislación nacional. Como demuestra el curso del proceso interno iniciado por los demandantes, estos tuvieron la posibilidad de interponer recursos administrativos pero también de interponer acciones ante los tribunales administrativos y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, eran libres de impugnar las consecuencias que resultaron de su incumplimiento de la obligación de vacunación. Si bien los demandantes criticaron los recursos en cuestión, el Tribunal observó que sería injusto decir, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en particular, que es puramente formal o que evita cualquier revisión sobre el fondo del caso. La obligación de vacunación desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Ciertamente, es durante un procedimiento separado y posterior que la Corte Constitucional examinó directamente la compatibilidad de la obligación de vacunación con la Constitución (ver párrafo 93 supra), y que consideró que el interés general en juego prevalecía sobre las objeciones de los autores de la apelación; pero el razonamiento adoptado por el tribunal superior en el procedimiento iniciado por el señor Vavříčka, en el que reconocía la existencia de una excepción constitucional a la obligación general, debe considerarse, sin embargo, como una garantía relevante. Asimismo, en el proceso interpuesto por la señora Novotná, la Corte Constitucional señaló que para la protección efectiva de los derechos fundamentales en conflicto con el interés general, es necesario evaluar con rigor las circunstancias específicas de cada caso. El hecho de que ninguno de estos dos demandantes ganara su caso al final de su denuncia constitucional no cuestiona la importancia de esta garantía jurisprudencial de los derechos fundamentales.

296. En cuanto a la oposición de los demandantes a la política de vacunación obligatoria de los niños, el Tribunal observó que la denuncia de los demandantes contenía una objeción doble. En primer lugar, los demandantes critican los arreglos institucionales vigentes en la República Checa en este ámbito, argumentando que la libertad concedida a las autoridades sanitarias es excesiva y que existen conflictos de intereses y falta de transparencia y rendición de cuentas. Debate público. La Corte no está convencida de estas críticas. En cuanto a la libertad que se deja al poder ejecutivo para diseñar e implementar la política de salud, la Corte ya ha señalado que no se plantea ninguna duda sobre la calidad de la ley (párrs. 267 y siguientes arriba). Por otra parte, la Corte considera CAS observación relevante que el enfoque legislativo elegido permite a las autoridades para responder con flexibilidad a la situación epidemiológica y el progreso de la ciencia médica y la farmacología (párrafo 87 más arriba - arriba; véase también las observaciones del Tribunal Constitucional italiano el párrafo 107 supra). Además, como se señaló anteriormente, el régimen nacional contiene importantes garantías procesales.

297. Con respecto a la integridad del proceso de formulación de políticas, la Corte observa que en respuesta al argumento de los demandantes sobre la existencia de conflictos de interés, el Gobierno explicó el procedimiento seguido por el NVC, de acuerdo con las normas europeas e internacionales pertinentes. normas (véase el párrafo 200 anterior). A la luz de la información de que dispone, el Tribunal considera que los demandantes no han fundamentado suficientemente ni sus alegaciones de que el sistema nacional está cargado de conflictos de intereses, ni su observación de que la posición sobre vacunación adoptada por los

organismos públicos especialista checo o La OMS está contaminada por el apoyo financiero de las empresas farmacéuticas.

298 . En cuanto a la transparencia del régimen nacional y al punto de saber en qué medida las autoridades fomentan el debate público, la Corte observa que la publicación de las actas de las reuniones de la CNV en el sitio web del Ministerio de Salud otorga cierto grado de transparencia a este respecto (véase el párrafo 154 supra). Con respecto a la participación ciudadana, el Gobierno afirmó que el hecho de que el CNV esté compuesto íntegramente por expertos está en consonancia con la práctica de muchos Estados europeos. La Corte toma nota de la iniciativa lanzada en 2015 para constituir un foro de debate público sobre la política de inmunización que reúna a expertos médicos y miembros de la sociedad civil (párrafo 156 anterior), si bien los demandantes y el tercero interviniente ROZALIO señalaron que las reuniones de este comité eran escasas y que no se habían realizado desde 2018. No se puede decir que el sistema vigente, en el marco en el que se desarrolle la política está encomendado a un organismo especializado que opera bajo la égida del Ministerio de Salud de acuerdo con el modelo elegido por el legislador, ante el cual debe rendir cuentas en última instancia, adolece de una falta significativa de transparencia que puede ser remitida cuestionada la vigencia de la vacunación política seguida por la República Checa.

299 . Aparte de sus comentarios sobre los aspectos institucionales del sistema nacional, los solicitantes también cuestionan la eficacia y seguridad de las vacunas y expresan serias preocupaciones sobre los posibles efectos adversos para la salud, incluidos los a largo plazo. El Tribunal toma nota, en primer lugar, de las explicaciones del Gobierno según las cuales el régimen nacional deja una cierta libertad en la elección de la vacuna, si bien sólo las vacunas habituales son gratuitas y el coste de los demás productos corre a cargo de los padres. También existe cierta libertad con respecto al calendario de vacunación, siempre que el niño haya recibido todas las vacunas a la edad definida (véanse los párrafos 76 y 203 anteriores).

300 . En cuanto a la efectividad de la vacunación, la Corte nuevamente se refiere al consenso general existente sobre el tema de la importancia vital de este medio para proteger a la población frente a enfermedades susceptibles de tener graves consecuencias para la salud de la población. caso de brotes epidémicos graves, para perturbar la sociedad (véase el párrafo 135 anterior).

301 . En cuanto a la seguridad, no se discute que las vacunas, si bien son completamente seguras para la gran mayoría de los pacientes, en raras ocasiones pueden resultar perjudiciales para un individuo y causarle daños graves y sostenibles para su salud. Ha sucedido que las denuncias sobre tales situaciones son objeto de procedimientos en el marco de la Convención (véase, en particular, *Association of Parents c. Reino Unido* , n o [7154/75](#) , decisión de la Comisión de 12 de julio de 1978, DR 14, p. 31, y *Baytüre y otros* , antes citado, § 28). En la audiencia del presente caso, el Gobierno indicó que de aproximadamente 100 000 niños vacunados cada año en la República Checa (es decir, 300.000 vacunas), hay cinco o seis casos de daños graves y potencialmente permanentes a la salud. En vista de este riesgo muy raro pero innegablemente muy grave para la salud de una persona, los órganos de la Convención han subrayado la importancia de tomar las precauciones necesarias antes de la vacunación (*Solomakhin* , citado anteriormente, § 36, *Baytüre y otros* , citado anteriormente, § 29 y *Asociación de Padres* , decisión citada anteriormente, págs. 37-38). Obviamente, esto implica buscar posibles contraindicaciones caso por caso. También es cuestión de controlar la seguridad de las vacunas utilizadas. Para la Corte, no existe ninguna razón en ninguno de estos aspectos para cuestionar la adecuación del sistema nacional. Los profesionales sanitarios sólo realizan una vacunación en ausencia de contraindicaciones, siendo este punto verificado en la fase inicial como parte de un protocolo de rutina. Las vacunas deben ser aprobadas por la Agencia Nacional de Control de Medicamentos y todos los profesionales de la salud interesados tienen la obligación específica de notificar cualquier sospecha de efectos secundarios graves o imprevisibles (párrafos 78 y 79 encima). De ello se desprende que la inocuidad de las vacunas utilizadas está sujeta a un control permanente por parte de las autoridades competentes.

302 . En lo que respecta a la posibilidad de obtener una indemnización sobre la base de la responsabilidad objetiva, o la responsabilidad objetiva, por los daños a la salud causados por la vacunación - un punto también planteado por los demandantes - el Tribunal recuerda que ya ha examinado un caso que planteó la cuestión de la cuestión de compensación por tal ataque, aunque la vacuna en cuestión fue recomendada pero no obligatoria en el país en cuestión (*Baytüre y otros* , decisión citada anteriormente, §§ 28-30). En general, la Corte observa que la posibilidad de obtener una indemnización en caso de daño a la salud es de hecho de interés para la evaluación global de un esquema de vacunación obligatoria, y se refiere a este respecto a la *obiter dictum* del

Tribunal Constitucional checo (véase el párrafo 90 anterior). Esta cuestión también fue planteada por otros tribunales constitucionales (por ejemplo, la jurisprudencia italiana pertinente establecida en los párrafos 111 , 113 , 114 y 115 supra - supra y el caso esloveno, descrito en el párrafo 127 infra - encima). Sin embargo, en el contexto de las presentes solicitudes, no se puede dar una importancia decisiva a este punto. Como el Tribunal señaló anteriormente, no se administró ninguna vacuna a ninguno de los solicitantes en contra de su voluntad o deseos. Para la mayoría de los afectados, los hechos ocurrieron en un momento en que era posible obtener una indemnización en virtud del Código Civil de 1964 (es decir, antes del 31 de diciembre de 2013). Además, en ninguno de los procedimientos nacionales iniciados por los distintos demandantes se ha planteado específicamente la cuestión de la indemnización. El Tribunal Constitucional expresó su *obiter dictum* en procesos interpuestos por otras partes, quienes en su recurso de apelación habían mencionado expresamente el recurso. La Corte concluye que, de hecho, esta cuestión no varía con la negativa de los presentes solicitantes han opuesto a la vacunación obligatoria, que es más bien el resultado de las preocupaciones identificadas arriba - arriba.

303 . La Corte también debe examinar el alcance de la injerencia controvertida en el ejercicio por parte de los demandantes de su derecho al respeto de la vida privada.

304 . En lo que respecta al primer demandante, el Tribunal ya ha encontrado que la multa administrativa que se le impuso no era excesiva en vista del contexto (véase el apartado 293 anterior). Observa que no hubo consecuencias para la educación de los hijos del Sr. Vavříčka , que ya eran adolescentes cuando se le aplicó la sanción.

305 . En cuanto a los demás solicitantes, su inscripción en la guardería fue rechazada o cancelada porque no habían recibido las vacunas requeridas. Si bien las demandantes y algunas de las asociaciones intervinientes se quejaron de los efectos que estas medidas tuvieron en la organización de la vida familiar, en particular a nivel financiero y profesional, el Tribunal recordó que el alcance personal del caso, examinado desde el punto de vista del apartado del artículo 8 relativo a la vida privada, se limita a los propios demandantes ya las repercusiones que para ellos resultaron de las medidas impugnadas.

306 . El Tribunal aceptó que la exclusión de los demandantes de la guardería significó que estos niños pequeños habían perdido una oportunidad crucial para desarrollar su personalidad y comenzar la adquisición de importantes habilidades interpersonales y habilidades de aprendizaje en un entorno formador y educador. Sin embargo, esta pérdida fue consecuencia directa de la decisión de sus respectivos padres de negarse a cumplir una obligación legal destinada a proteger la salud, en particular la de los niños de este grupo de edad. Como declaró el gobierno demandado, así como algunos de los gobiernos intervinientes, que están respaldados por una amplia evidencia científica (párrafos 213 , 218 y 223 arriba), la infancia es el momento óptimo para la vacunación. Además, la posibilidad de asistir a la guardería de los niños que por razones médicas no pueden ser vacunados depende de la existencia entre otros niños de una altísima tasa de vacunación contra enfermedades contagiosas. A juicio de la Corte, no puede considerarse desproporcionado que un Estado exija a aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo remoto para la salud que acepten esta medida de protección se aplica universalmente, en el marco de una obligación legal y en nombre de la solidaridad social, por el bien del pequeño número de niños vulnerables que no pueden beneficiarse de la vacunación. A los ojos del Tribunal, era válido y legítimamente abierto al legislador checo hacer esta elección, que es plenamente compatible con las razones que subyacen a la protección de la salud de la población. La existencia teórica de medios menos intrusivos que, según las demandantes, permitan alcanzar este objetivo no altera esta conclusión.

307 . Además, sin minimizar la pérdida de una oportunidad educativa por parte de los demandantes, el Tribunal observó que no se les privó de toda posibilidad de desarrollo personal, social e intelectual, aun cuando sus padres tuvieran que realizar esfuerzos y costos adicionales, incluso considerables. Además, los efectos sufridos por los niños solicitantes fueron limitados en el tiempo. Cuando llegaron a la edad de inicio de la enseñanza obligatoria, el estado de vacunación no tenía relación con su ingreso en la escuela primaria (párrafo 82 más arriba - arriba). Con respecto al deseo particular que tenía la Sra. Novotná de recibir una educación de acuerdo con una filosofía pedagógica En particular, la demandante no contradujo la declaración del Gobierno de que habría podido acceder a dicha educación incluso sin haber asistido a una escuela de párvulos aplicando la pedagogía en cuestión.

308 . Por último, las demandantes alegan que el sistema era incoherente en el sentido de que los niños pequeños debían ser vacunados, mientras que este requisito no se aplicaba al personal de las guarderías. Sin embargo, el Tribunal toma nota de la respuesta del Gobierno según la cual la obligación general de vacunación, que consiste en la administración de la primera serie de vacunas y luego de refuerzos, se aplica a cualquier persona que resida en la República Checa de manera permanente o por un período de tiempo a largo plazo (véanse los párrafos 11 y 77 anteriores), de modo que los miembros del personal afectados habían recibido, en principio, todas las vacunas exigidas por la ley en el momento pertinente .

309 . Por estos motivos, el Tribunal considera que las medidas denunciadas por los demandantes, valoradas en el marco del régimen nacional, se encuentran en una razonable relación de proporcionalidad con los fines legítimos perseguidos por el Estado demandado a través de la obligación de vacunación.

6) Conclusión

310 . La Corte desea señalar que al final la cuestión a decidir no es si se podría haber adoptado otra política menos prescriptiva, como en otros Estados europeos. Se trata más bien de determinar si, al sopesar los intereses en juego como lo hicieron, las autoridades checas se mantuvieron dentro de los límites del amplio margen de apreciación de que disfrutaban en este asunto. La Corte llega a la conclusión de que no rebasaron su margen de apreciación y que, por tanto, las medidas impugnadas pueden considerarse “ necesarias en una sociedad democrática ”.

311 . En consecuencia, no ha habido violación del artículo 8 de la Convención.

312 . Teniendo en cuenta esta conclusión, no es necesario examinar la excepción de no agotamiento de los recursos internos planteada por el Gobierno en relación con las denuncias que MM. Brožík y Dubský formulados desde el punto de vista del artículo 8 (véanse los apartados 169 y 170 anteriores).

IV.SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCION

313 . Los Sres. Vavricka , M me Novotna y Hornych alegan, además, que la multa impuesta al primero de ellos y la no admisión al jardín de infancia del segundo y tercero se centraron en la vulneración de sus derechos en virtud del artículo 9 de la Convención, que establece :

“ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión ; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar la propia religión o creencia individual o colectivamente, en público o en privado, mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y la realización de ritos.

2. La libertad de manifestar la propia religión o creencias no podrá estar sujeta a restricciones más que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública y la protección del ser humano. Orden, la salud pública o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. ”

A.Presentaciones de las partes

1. *El Gobierno*

314 . El Gobierno consideró que las denuncias formuladas en virtud del artículo 9 corresponden esencialmente a una reformulación de las presentadas en virtud del artículo 8 y que sólo deben examinarse en relación con este último arreglo. En cuanto a las denuncias basadas en el artículo 9, sostiene principalmente que son incompatibles *ratione materiae* con esta disposición, o en todo caso manifiestamente infundadas, habida cuenta, a su juicio, de la ausencia de injerencia en el ejercicio por parte de los demandantes de sus derechos. derechos en virtud del artículo 9.

315 . El Gobierno argumentó que las opiniones personales sobre la vacunación obligatoria basadas en supuestos totalmente subjetivos sobre su necesidad y la conveniencia de someterse a ella no representan una “ condena ” en el sentido del artículo 9 del Convenio. Agrega que esta disposición tiene como objetivo fundamental proteger las religiones o teorías sobre valores filosóficos o ideológicos universales. Opina que, a falta de detalles y justificación suficientes, las opiniones de los demandantes no constituyen una visión coherente de un problema fundamental y, por tanto, una manifestación de convicciones personales en el sentido del artículo 9 .

316 . El Gobierno consideró que no existía una línea clara en la jurisprudencia actual sobre las condenas que se consideraban o no una “ religión o [de] convicciones ” en el sentido del artículo 9 § 2. En su opinión, incluso si esta disposición debe aplicarse en principio a una situación como la que aquí nos ocupa, habida

cuenta de los hechos concretos del caso, no hubo injerencia en el ejercicio por parte de los demandantes de los derechos protegidos por la misma. Como han establecido los tribunales nacionales, los demandantes no fundamentaron su objeción a la vacunación por razones pertinentes y suficientes. Además, las opiniones del Sr. Vavricka y M me Novotna carecía de coherencia y, por tanto, resultó poco convincente. Se dice que el Sr. Vavřička aceptó vacunar a sus hijos contra determinadas enfermedades ; Del mismo modo, M me Novotna no recibió determinadas vacunas.

317 . El Gobierno declaró además que el Sr. Hornych argumentó ante el Tribunal que en su caso estaba en juego una contraindicación médica para la vacunación, mientras que al formular sus quejas invocó las convicciones filosóficas de sus padres. Agregó que a nivel interno el señor Hornych había presentado un argumento específicamente relacionado con temas de salud. Para el Gobierno, la denuncia del Sr. Hornych ante la Corte es, por tanto, inadmisibles por no agotamiento de los recursos internos o, en su caso, por falta manifiesta de fundamento.

318 . Además, en la medida en que M me Novotna invoca las opiniones y creencias de sus padres en apoyo de su queja en virtud del artículo 9, el Gobierno considera que esta queja es incompatible *ratione personae* con esa disposición. Por otro lado, cree que, dada la edad y madurez de M me Novotna y Mr Hornych en el momento material, ninguno de ellos podría tener una opinión sobre el tema que tuviera un grado suficiente de fuerza, seriedad, consistencia e importancia para entrar en el ámbito del artículo 9.

319 . El Gobierno sostuvo que las medidas impugnadas son el resultado de la implementación de una legislación general con una redacción neutral que se aplica a todas las personas independientemente de su opinión, conciencia o religión. Indica que, según la jurisprudencia basada en el Convenio, dicha legislación no puede, en principio, vulnerar los derechos protegidos por el artículo 9.

320 . Además, se especifica que la objeción planteada por el Gobierno en virtud del artículo 35 § 3 (b) del Convenio en relación con la solicitud del Sr. Vavřička (véase el párrafo 161 anterior) también se refiere a la queja de este solicitante, basada en el artículo 9.

2. *Los aspirantes*

321 . El Sr. Vavřička indica que su principal motivación era proteger la salud de sus hijos. Afirma que estaba convencido de que la vacunación era perjudicial para la salud y que, por tanto, su conciencia le prohibió vacunarlos.

322 . M me Novotna y el Sr. Hornych invocan el derecho a obtener la protección de sus padres en consonancia con su conciencia. Sobre esta base, explican que ellos mismos, teniendo en cuenta su edad, no pudieron en ese momento tener una posición sobre el tema de la vacunación y que, por tanto, fueron sus padres quienes mantuvieron determinadas opiniones en su nombre, amparadas por el artículo 9 de la Ley. Convención.

323 . En cuanto a la coherencia de los dictámenes formulados en virtud del artículo 9, los demandantes alegaron que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo esencial es que los dictámenes se mantengan constantes durante todo el procedimiento en cuestión. Añaden, sin embargo, que si evolucionan antes o después del procedimiento, ello no excluye la aplicabilidad de la “ objeción de conciencia laica ”, como habría señalado la Corte Constitucional.

324 . Finalmente, se especifica que la respuesta del Sr. Vavřička a la objeción planteada por el Gobierno en virtud del artículo 35 § 3 (b) del Convenio también se refiere a la queja del demandante basada en el artículo 9 (párrafo 162 anterior).

B. Observaciones de terceros intervinientes

1. *Gobierno francés*

325 . El gobierno francés invita al Tribunal a confirmar la jurisprudencia existente según la cual una obligación jurídica neutral aplicable a cualquier persona independientemente de su opinión, conciencia o religión no puede constituir en principio una injerencia en el ejercicio de los derechos protegidos por el artículo 9. Considera, sin embargo, que incluso si la obligación en cuestión se considerara una injerencia, debería considerarse compatible con los requisitos del artículo 9, por las razones que ya se han explicado anteriormente.

2. *Gobierno alemán*

326 . Para el Gobierno alemán, es dudoso que la vacunación obligatoria o las medidas para implementarla constituyan una injerencia en el ejercicio de los derechos protegidos por el artículo 9. En su opinión, todas las

opiniones, creencias o creencias no constituyen creencias protegidas por este artículo, y La posición de la persona en contra de la vacunación generalmente no alcanza el grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia necesarios para que esta disposición sea aplicable.

3. *El Centro Europeo de Derecho y Justicia*

327 . Este tercero interviniente cuestiona el principio adoptado por la Comisión en la decisión *Boffa y otros* (antes citada), relativo a la aplicabilidad del artículo 9 de la Convención a la razón por la cual un particular se opone a una obligación jurídica neutral aplicable a todos, y propone un enfoque diferente. En opinión del ECLJ, es necesario examinar la calidad de la creencia invocada, así como la objeción basada en esta convicción, para determinar qué objeciones merecen ser respetadas en una sociedad democrática y cuáles no. consideración de la conveniencia personal que más bien estaría dentro del alcance del artículo 8 del Convenio. Según el tercer interlocutor, para determinar la calidad de la condena, las preguntas que se plantean son las siguientes : ¿es " sincera " o, según las opciones terminológicas, corresponde a " convicciones sinceras y profundas, de carácter religioso o de otro tipo " ? ¿Se puede identificar el contenido de la condena y es sustancial ? Cuando la creencia es de naturaleza religiosa, ¿está relacionada con una religión conocida ? Si la condena no es de carácter religioso, ¿merece respeto en una sociedad democrática y no ofende la dignidad humana ? En cuanto a la calidad de la objeción, el tercero interviniente alega que la misma debe constituir una condena que alcance un grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia suficiente para lograr la aplicación de las garantías del artículo 9. A juicio del tercero interviniente, una objeción que sea sólo intermitente u oportunista no merece la protección de este artículo. Según él, la persona debe ser coherente y la objeción debe resultar de un conflicto grave e insuperable entre la obligación controvertida y la conciencia o las convicciones de la persona y no basarse en el interés personal o la conveniencia personal, sino en sinceras convicciones religiosas . En cuanto a las convicciones morales, que serían Para distinguirlas de las convicciones religiosas, el tercer orador añade que el respeto que merecen depende más directamente de la naturaleza de la condena de que se trate y explica a este respecto que las objeciones basadas en una convicción moral ponen en tela de juicio la justicia misma del orden al que se refiere. se objeta, mientras que las objeciones basadas en convicciones religiosas sólo cuestionan la tolerancia de la sociedad. Afirma que las objeciones basadas en la convicción moral deben ser consideradas con sumo cuidado en el sentido de que, cuando sean aceptadas por la sociedad, garanticen al objetor la inmunidad tanto contra la obligación reprobada como contra las sanciones incurridas por el incumplimiento de esta obligación. Indica que la empresa solo ha reconocido la legitimidad de tales objeciones morales en muy pocos casos,

328 . El tercer interlocutor sostiene que para determinar si una objeción de conciencia de carácter moral se basa verdaderamente en convicciones morales y, por tanto, en una exigencia de justicia, se deben aplicar cuatro criterios : la objeción debe apuntar al respeto de la justicia y el bien ; la norma impugnada debe constituir una excepción a un derecho o principio fundamental ; debe ser posible generalizar la objeción como aplicable a todos ; finalmente, la objeción debe estar relacionada con un tema éticamente sensible.

329 . El tercero interviniente considera que dado que la negativa de que se trata está motivada por una condena real en el sentido del artículo 9, que en este sentido merece el respeto de la sociedad pero no por todo lo que se reconoce como exigencia de justicia, la existencia de un la sanción no es en sí misma suficiente para constituir una violación del artículo 9. Según él, entonces es necesario centrarse en la necesidad de la sanción impuesta en el caso en cuestión, y este examen no difiere del realizado en el marco del artículo 8. El tercer orador opina que la diferencia entre las dos disposiciones radica en que el artículo 9 protege la conciencia personal, vinculada a la percepción del derecho y el derecho. Bueno, mientras que el artículo 8 sólo protege " autonomía individual " que es independiente de ella.

C. Valoración del Tribunal

330 . Los tres demandantes afectados pretendían invocar la protección del artículo 9 por su posición crítica con respecto a la vacunación. Ninguno de ellos sugiere que su posición sobre el tema sea de inspiración religiosa. Por tanto, no es su libertad de religión lo que está potencialmente en juego, sino su libertad de pensamiento y conciencia.

331 . La aplicabilidad del artículo 9 a esta condena en particular nunca ha sido considerada por la Corte. Por otro lado, fue abordado brevemente por la Comisión en el caso de *Boffa y otros* (decisión antes citada) . En el pasaje pertinente de su decisión, la Comisión señaló que, al proteger el dominio de las creencias personales, el artículo 9 no siempre garantizaba el derecho a comportarse en el dominio público en la forma que dictan tales

creencias, y señaló que el término "prácticas" no se refirió a ningún acto motivado o inspirado por una condena. Añadió que la obligación de vacunarse, prevista por la legislación en litigio en el caso, se aplica a cualquier persona independientemente de su religión o creencias personales. En consecuencia, consideró que no hubo injerencia en el ejercicio de la libertad garantizada por el artículo 9 de la Convención.

332 . La Corte considera relevante referirse al razonamiento que utilizó en el caso *Bayatyan vs. Armenia* ([GC], n.º [23459/03](#) , § 110, ECHR 2011 con más referencias), en el que examinó la aplicabilidad del artículo 9 a la objeción de conciencia al servicio militar que el solicitante había formulado por razones religiosas. Ella consideró que " La oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o creencias sinceras y profundamente arraigadas, religiosas o de otro tipo, constituye una convicción que alcanza un grado suficiente de fuerza, seriedad, coherencia, e importancia de lograr la aplicación de las garantías del artículo 9 ". Añadió que la cuestión de si esta objeción entraba en el ámbito del artículo 9 y en qué medida debía decidirse sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso (*ibidem*).

333 . La Corte también recuerda el razonamiento que siguió en el caso *Pretty v. Reino Unido* (n.º [2346/02](#) , §§ 82-83, ECHR 2002 - III), en el que dijo que no dudaba de la firmeza del solicitante en lo que respecta al suicidio asistido, pero señaló que todas las opiniones o creencias no entraban dentro del alcance del artículo 9.

334 . Con respecto al Sr. Vavříčka , el Tribunal observa que, en la primera sentencia que dictó en el caso del demandante, el Tribunal Constitucional consideró que debería existir la posibilidad de una exención excepcional de la aplicación de una sanción por incumplimiento de la obligación de vacunación cuando las circunstancias pidieron fundamentalmente la preservación de la autonomía del interesado. El tribunal superior destacó la importancia de la coherencia y credibilidad de los argumentos del demandante a este respecto y señaló que el Sr. Vavříčka había faltado coherencia en el procedimiento hasta esta etapa, ya que había indicado a ese tribunal que su objeción a la vacunación se basaba sobre todo en motivos de salud y que cualquier cuestión filosófica o religiosa pasaba para él a un segundo plano (ver párrafo 29 anterior). En el procedimiento posterior, el TAS concluyó que el Sr. Vavříčka solo había expuesto sus motivos relacionados con su conciencia en una etapa tardía y que no había presentado argumentos concretos sobre sus condenas y el alcance del daño causado por la vacunación.

335 . El demandante alega que su posición basada en su conciencia fue objeto de una valoración negativa según criterios que solo fueron expuestos en una etapa tardía del procedimiento nacional. Por el contrario, el Tribunal considera que el enfoque adoptado por los tribunales nacionales fue razonable y, de hecho, de acuerdo con su propia interpretación del artículo 9, antes expuesto. Teniendo en cuenta las conclusiones formuladas por los tribunales nacionales sobre este tema, y considerando que en el presente procedimiento el demandante no precisó ni fundamentó su denuncia con base en el artículo 9, el Tribunal considera que la opinión crítica del interesado sobre la vacunación no es de tal naturaleza que constituya una condena que alcance un grado suficiente de fuerza, seriedad, coherencia e importancia para lograr la aplicación de las garantías del artículo 9.

336 . Lo mismo ocurre *fortiori* , con las quejas de M me Novotna y el Sr. Hornych , estos demandantes ni siquiera han presentado tales argumentos como parte de los procedimientos internos (párrafos 37 , 45 y 46 anteriores).

337 . En consecuencia, el Tribunal considera que estas denuncias son incompatibles *ratione materiae* con el artículo 9 en el sentido del artículo 35 § 3 (a) y que deben ser rechazadas de conformidad con el artículo 35 § 4.

338 . A la vista de esta conclusión, no es necesario examinar las demás excepciones de inadmisibilidad planteadas por el Gobierno.

V. SOBRE ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO N.º 1

A. Presentaciones de las partes

339 . Los menores peticionarios alegan además que su no admisión al jardín de infancia infringió sus derechos en virtud del artículo 2 del Protocolo N.º 1.

340 . El Gobierno considera que estas quejas deben ser examinadas en la primera frase del artículo invocado. Sostiene que, en la medida en que los demandantes se quejan de las supuestas consecuencias sufridas por sus padres, estas quejas son incompatibles *ratione personae* con esta disposición. También considera que en todo caso estas denuncias son incompatibles *ratione materiae* con el artículo 2 del Protocolo

N ° 1 ya que, según él, esta disposición no se aplica a la educación preescolar. Además, se especifica, en relación con el agravio que fue formulado por MM. Brožík y Dubský , que también está amparado por la excepción de no agotamiento de los recursos internos planteada por el Gobierno (ver párrafo 165 supra).

341 . MM. Brožík y Dubský respondieron a esta excepción como se indicó anteriormente (párrafo 166). Además, todos los demandantes se limitan a reiterar sus denuncias y remiten en particular a la sentencia constitucional de 27 de enero de 2015, que reconocía que el derecho a la educación, en el sentido del artículo 33 de la Carta de Derechos y libertades fundamentales, afectaba a todos los tipos. y niveles de educación, incluida la educación preescolar (véase el párrafo 62 anterior).

B.Observaciones de terceros intervinientes

342 . El gobierno alemán señala que la exclusión de los niños no vacunados de los centros preescolares puede constituir una injerencia en el ejercicio de su derecho a la educación, aunque la jurisprudencia pertinente no es clara si este nivel de educación se incluye en el artículo 2 del Protocolo n. ° 1. establece que incluso si esa disposición se considerara aplicable, debería ser para evaluar la proporcionalidad de la restricción independientemente del nivel de educación (preescolar) de que se trate.

343 . El gobierno eslovaco sostiene que el derecho a la educación no es absoluto y sostiene que la jurisprudencia existente relacionada con la Convención no reconoce específicamente la aplicabilidad de este derecho a establecimientos preescolares como jardines de infancia.

344 . El Gobierno francés considera que la negativa a admitir en la escuela a un niño no vacunado equivale a una restricción justificada del derecho a la educación.

C.Valoración del Tribunal

345 . Teniendo en cuenta el alcance de su examen y sus conclusiones con respecto a las denuncias de los niños demandantes en virtud del artículo 8 del Convenio, la Corte considera que no es necesario examinar sus solicitudes por separado desde el punto de vista del artículo 2 del Protocolo. n o 1.

VI.SOBRE OTRAS PRESUNTAS VIOLACIONES DE LA CONVENCION

346 . Finalmente, algunos de los demandantes alegan una violación de los artículos 2, 6, 13 y 14 de la Convención.

347 . Sin embargo, habida cuenta de todo el material en su poder, y en la medida en que los hechos denunciados por los demandantes son de su competencia, la Corte considera que no revelan apariencia alguna de violación de los derechos y libertades consagrados en el la Convención y sus protocolos.

De ello se desprende que, por lo demás, las solicitudes son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas de conformidad con el artículo 35 §§ 3 a) y 4 del Convenio.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1. *Decide* unirse a las solicitudes ;
2. *Decide* , por unanimidad, sumarse al examen de fondo de las denuncias formuladas por MM. Brožík y Dubský desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio, la excepción de no agotamiento de los recursos internos planteada por el Gobierno en relación con estas denuncias ;
3. *Declara* admisibles , por unanimidad, las denuncias basadas en el artículo 8 de la Convención ;
4. *Declara* inadmisibles , por mayoría, las denuncias basadas en el artículo 9 de la Convención ;
5. *Declara* inadmisibles, por unanimidad, las denuncias basadas en los artículos 2, 6, 13 y 14 de la Convención ;
6. *Sostiene* , por dieciséis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, *llega a la conclusión* de que la excepción de no - agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Gobierno en relación con las quejas de los MM. Brožík y Dubský basados en esta disposición carecen ahora de finalidad y, por lo tanto, no requieren un examen ;
7. *Sostiene* por dieciséis votos contra uno, que no hay necesidad de examinar a los niños consultas de los demandantes por separado en virtud del artículo 2 del Protocolo n o 1.

Redactado en francés e inglés, luego pronunciado en audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos, Estrasburgo, el 8 de abril de 2021.

{signature_p_1} {signature_p_2}

Johan Callewaert Robert Spano Secretario adjunto
presidente



Escuela del Cuerpo de
Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina